



Parecer Prévio 00053/2021-6 - Plenário

Processos: 04676/2020-8, 03714/2018-6

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMV - Prefeitura Municipal de Vitória

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: LUCIANO SANTOS REZENDE

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

Procuradores: MARCELO SOUZA NUNES (OAB: 9266-ES), RODRIGO FARDIN (OAB: 18985-ES)

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER – NEGAR PROVIMENTO – MANTER PARECER PRÉVIO 00038/2020-3 – MANUTENÇÃO DE IRREGULARIDADES – LINDB – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

ENUNCIADO:

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

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

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 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.

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.

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 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

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

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, 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

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

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.

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

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

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 probidade, 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/opiniaolindb-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

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.

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.**

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.

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 decisão ancorada, 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.

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”.

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.

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/Dow nloads/77650-Texto%20do%20Artigo-161994-1-10-20181123.pdf

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

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

Os autos tratam de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, em face do Parecer Prévio TC 38/2020-8- Plenário, proferido nos autos do Processo TC 3714/2018 que concluiu nos seguintes termos:

1. PARECER PRÉVIO TC-060/2020:

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

1.1 MANTER os seguintes indicativos de irregularidade passíveis de ressalva:

1.1 Inconsistência na movimentação financeira dos valores recebidos a título de compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural (item 4.3.2.1 do RT 555/2018-7 e item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva 00957/2019-7);

Base Legal: artigos 89, 90, 91, 100, 101, 102, 103 e 105 da Lei 4320/1964

1.3 Divergência entre a Demonstração das Variações Patrimoniais e o Balanço Patrimonial em relação ao resultado patrimonial (Item 13.1.9 do RT 555/2018-9 e item 2.14 da Instrução Técnica Conclusiva 00957/2019-7);

Base Legal: arts. 85, 101, 104 e 105 da Lei 4.320/1964.

1.4 Divergência entre os totais dos saldos devedores e dos saldos credores (Item 13.1.10 do RT 555/2018-9 e item 2.15 da Instrução Técnica Conclusiva 00957/2019-7);

Base Legal: arts. 85, 86 e 88 da Lei 4.320/1964.

1.2. EMITIR PARECER PRÉVIO dirigido à Câmara Municipal de Vitória, recomendando a **APROVAÇÃO COM RESSALVAS DAS CONTAS** do senhor do **Luciano Santos Rezende**, Prefeito Municipal no exercício de 2017, conforme dispõem o inciso II, do art. 132 da Resolução TCEES 261/2013 e o inciso II, do art. 80, da Lei Complementar 621/2019.

1.3. DETERMINAR ao atual gestor que providencie para que todas as Unidades Gestoras municipais contabilizem corretamente os atos e fatos da gestão em fontes de recursos pertinentes, nos termos do § único do art. 8º da LRF, das Normas Brasileiras de Contabilidade, Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público e Manual de Demonstrativos Fiscais, estes dois últimos da Secretaria do Tesouro Nacional, em especial a Tabela Auxiliar: CÓDIGO DE ESPECIFICAÇÃO DAS FONTES/DESTINAÇÃO DE RECURSOS (CDR), contida em anexo da IN 43/2017;

1.4. RECOMENDAR ao gestor que:

1.4.1 Tome medidas preventivas na elaboração dos demonstrativos contábeis, a fim de evitar novos equívocos no registro de informações contábeis associadas à extinção de UG e à respectiva transferência de seus saldos para outras Unidades Gestoras;

1.4.2 Providencie atendimento integral à IN TCEES 43/2017 e seus anexos no envio das próximas prestações de contas anuais;

1.4.3 Aprimore os mecanismos de controle interno no que diz respeito à inscrição e cancelamento de Restos a Pagar;

1.4.4 Tome providências para que todas as unidades gestoras municipais contabilize corretamente os atos e fatos da gestão, nos termos das Normas Brasileiras de Contabilidade, Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público e Manual de Demonstrativos Fiscais, estes dois últimos da Secretaria do Tesouro Nacional.

1.5. ARQUIVAR após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 23/07/2020 -13ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

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 42239/2020-1 (evento 04), informando que a interposição do recurso foi tempestiva, em 05/10/2020.

Posteriormente, através da Decisão Monocrática 918/2020-3, notificou-se o Sr. Luciano Santos Rezende para que no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias, apresentasse suas contrarrazões ao recurso interposto pelo Ministério Público de Contas.

Devidamente notificado pelo Termo de Notificação 1367/2020 (evento 11), o Recorrido apresentou resposta, por meio da Resposta de Comunicação 0084/2021-1 (evento 12).

Em ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas - NRC, que se manifestou por meio da Instrução Técnica de Recurso 0164/2021-7, no seguinte sentido:

IV –CONCLUSÃO

Ante o exposto, tendo o senhor conselheiro relator decidido pelo conhecimento do recurso de reconsideração, opinamos, no mérito, por dar-lhe provimento parcial para reformar o Parecer Prévio TC 38/2020, e considerar a irregularidade “inconsistência na movimentação financeira dos valores recebidos a título de

compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural” como sendo de natureza grave, para fins do artigo 132, inciso III, do RITCEES.

Por conseguinte, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas que, através do Parecer 02733/2021-1 (evento 23), da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na ITR 0164/2021-7.

É o que importa relatar.

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

III.1 - Contexto Processual

Os autos tratam de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, em face do Parecer Prévio TC 38/2020-8- Plenário, proferido nos autos do Processo TC 3714/2018, que concluiu pela Aprovação com Ressalvas das contas do senhor Luciano Santos Rezende, Prefeito Municipal de Vitória no exercício de 2017.

Requer o Ministério Público de Contas por meio da Petição de Recurso 0209/2020-2 que o presente recurso de reconsideração seja recebido, conhecido e provido para reformar o v. Parecer Prévio 0038/2020 - Plenário, no sentido de reformar a decisão para que ocorra julgamento pela irregularidade das contas, com posterior REJEIÇÃO dessas, e para que sejam expedidas determinações no lugar das então recomendações.

IV – FUNDAMENTAÇÃO

IV.1 - DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Inicialmente, extrai-se dos autos que a parte possui capacidade e legitimidade processual.

De acordo com o Despacho 42239/2020-1 da Secretaria Geral das Sessões, a entrega dos autos ao Ministério Público de Contas para ciência do Parecer Prévio 038/2020, prolatado no processo TC nº 3714/2018, ocorreu em 04/08/2020.

Dessa forma, o fim do prazo para interpor o Recurso de Reconsideração ocorreu no dia 05/10/2020. Considerando que o presente foi interposto no dia 05/10/2020, tem-se que o recurso é **TEMPESTIVO**.

Com relação ao cabimento, vale mencionar o 164 da LC 621/2012, que apresenta o seguinte texto:

Art. 164. De decisão definitiva ou terminativa em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pelo responsável, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar.

Tendo em vista que o presente expediente recursal foi interposto em face de parecer prévio que reomentou a Câmara Municipal de Vitória a aprovação com ressalvas das contas, exercício 2017, verifica-se que é perfeitamente cabível.

Ademais, em análise constata-se que foram preenchidos os requisitos de formalidade previstos no art. 395, I, III, IV e V, do RITCEES. Uma vez que, o recurso foi apresentado por escrito, com a necessária qualificação e identificação do recorrente, contém os pedidos, a causa de pedir e o fundamento jurídico.

IV. 2 Do mérito recursal

Inicialmente, cumpre salientar que o Recorrente – Ministério Público de Contas – se insurgiu em face de três apontamentos de irregularidade que culminaram na emissão de parecer prévio pela Aprovação com ressalvas das contas, por acreditar que existem elementos de convicção suficientes para que se rejeite as contas do recorrido. Constituem as irregularidades recorridas:

IV.2.1 – Dos indícios de irregularidade

Em homenagem ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, passo a me manifestar somente em relação a matéria impugnada pelo Ministério Público de Contas.

IV.2.1.1 - Inconsistência na movimentação financeira dos valores recebidos a título de compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural (item 4.3.2.1 do RT 555/2018-7)

Em análise, o corpo técnico desta Corte de Contas, observou no Balanço Patrimonial (BALPAT) que a fonte de recursos 604 –Royalties do Petróleo, iniciou o exercício com superávit financeiro de R\$ 8.544.594,08, e encerrou superavitária, no montante de R\$ 12.468.458,33. Dos balancetes da execução orçamentária constatou-se que foram recebidos no exercício R\$ 21.297.221,40 e empenhados R\$ 17.751.374,82. Todavia, em consulta ao Termo de Verificação, observa-se o montante de R\$ 15.117.811,62 em conta corrente.

Da análise das informações acima transcritas, conclui-se por meio do RT 555/2018-9 (Processo TC 3714/2018-6) que “A divergência entre o valor apurado do resultado financeiro da fonte 604 e o demonstrado no balanço patrimonial foi de R\$ 378.017,67. Considerando as alegações da defesa, consultou-se o Demonstrativo de Cancelamento de Restos a Pagar (RAPCAN) tendo sido localizados, na fonte 604, cancelamentos que somam 249.178,77. Ou seja, os argumentos apresentados foram insuficientes para esclarecer o apontamento. Nesse sentido, permanece a irregularidade. Porém, não sendo significativa a divergência, fica a mesma, passível de ressalva”.

Resta salientar que o Parecer Prévio 38/2020 (Processo 3714/2018-6) manteve a presente irregularidade no campo da ressalva, aplicando recomendação e determinação ao gestor.

Destaco ainda, que o recorrido alegou não ter havido despesa realizada no pagamento de dívida e quadro permanente de pessoal. Sustenta que o município procurou aplicar os recursos de royalties em favor da população, por serem recursos finitos, além de sustentar que a divergência entre o balanço patrimonial e o resultado financeiro da fonte 604 é R\$ 128.838,90, o que considera pouco, o que de fato foi corroborado pela Área Técnica no RT 555/2018-9.

Nesse sentido, corroboro do entendimento exarado no Parecer Prévio 38/2020-3, e **dirvijo do entendimento técnico e Ministerial, mantendo a irregularidade no**

campo da ressalva por não observar erro grosseiro ou dolo na conduta do agente, indo de encontro ao Parecer Prévio recorrido.

2.14. e 2.15. Divergência entre a Demonstração das Variações Patrimoniais e o Balanço Patrimonial em relação ao resultado patrimonial (Item 13.1.9do RT 555/2018-9) e Divergência entre os totais dos saldos devedores e dos saldos credores (Item 13.1.10do RT 555/2018-9)

Conforme consta no RT 555/2018-9, o resultado patrimonial apurado na Demonstração das Variações Patrimoniais (DVP) deve ser igual ao resultado do exercício no patrimônio líquido do Balanço Patrimonial, além de que os saldos devedores devem ser iguais aos saldos credores conforme consta nas tabelas 3 e 4 apresentada pela AT na RT 555/2018-9.

Em sede da RT 555/2018-9 (Processo TC 3714/2018-6), pontuou a área técnica quanto a irregularidade “divergência entre a Demonstração das Variações Patrimoniais e o Balanço Patrimonial em relação ao resultado patrimonial”:

(...)

Quanto aos Balanços Patrimoniais das mesmas unidades gestoras (Habitação, Comunicação e Serviços), seus grupos de contas tiveram seus saldos zerados em função de suas respectivas extinções, conforme demonstrados às fls. 144-149 da peça complementar. Somando-se os resultados patrimoniais registrados nas Demonstrações das Variações Patrimoniais (DVP) das UG extintas têm-se um montante de R\$ -17.520.948,99.

Tais dados demonstram inconsistências de tratamento contábil na elaboração dos Balanços Patrimoniais e dos Demonstrativos de Variações Patrimoniais das Unidades Gestoras extintas, evidenciando ausência de reflexo contábil entre um e outro demonstrativo, quando do encerramento das atividades.

(...)

E como o saldo patrimonial, conforme composição disposta em seu agrupamento de contas registra o resultado das variações patrimoniais ocorridas durante o período em análise, o mesmo não pode ser objeto de registro isolado, sob o risco de inobservância das regras contábeis. O MCASP 7ª edição, fl. 391, define Resultados Acumulados como sendo o saldo remanescente dos lucros ou prejuízos líquidos das empresas e os superávits ou déficits acumulados da administração direta, autarquias, fundações e fundos.

(...)

Porém, considerando o exposto e que a divergência foi explicada e é passível de correção, concluímos pela permanência da irregularidade, porém passível de ressalva.

E no que tange à irregularidade consoante a “divergência entre os totais dos saldos devedores e dos saldos credores”:

(...)

Quanto aos Balanços Patrimoniais das mesmas unidades gestoras (Habitação, Comunicação e Serviços), seus grupos de contas tiveram seus saldos zerados em função de suas respectivas extinções, conforme demonstrados às fls. 144-149 da peça complementar. Somando-se os resultados patrimoniais registrados nas Demonstrações das Variações Patrimoniais (DVP) das UG extintas têm-se um montante de R\$ - 17.520.948,99.

Tais dados demonstram inconsistências de tratamento contábil na elaboração dos Balanços Patrimoniais e dos Demonstrativos de Variações Patrimoniais das Unidades Gestoras extintas, evidenciando ausência de reflexo contábil entre um e outro demonstrativo, quando do encerramento das atividades.

O Resultado Patrimonial obtido pelo comparativo das variações ativas e passivas em qualquer período deve impactar diretamente na conta de Resultado Acumulado que integra o Balanço Patrimonial. Sendo estes dois demonstrativos inquestionavelmente relacionados, não há hipótese em que dinâmica de registros de um não influencie no outro.

(...)

E como o saldo patrimonial, conforme composição disposta em seu agrupamento de contas registra o resultado das variações patrimoniais ocorridas durante o período em análise, o mesmo não pode ser objeto de registro isolado, sob o risco de inobservância das regras contábeis. O MCASP 7ª edição, fl. 391, define Resultados Acumulados como sendo o saldo remanescente dos lucros ou prejuízos líquidos das empresas e os superávits ou déficits acumulados da administração direta, autarquias, fundações e fundos.

(...)

Porém, considerando o exposto e que a divergência foi explicada e é passível de correção, concluímos pela permanência da irregularidade, porém passível de ressalva.

Pois bem.

A Área Técnica, por meio da Instrução Técnica de Recurso 0164/2021-7, opina no seguinte sentido:

Em relação à “divergência entre a demonstração das variações patrimoniais e o balanço patrimonial em relação ao resultado patrimonial”, a área técnica verificou que, de fato, os argumentos procedem. Poderiam ter sido corrigidos por ocasião da prestação de contas. Contudo, mesmo apontando a irregularidade, entendeu que a explicação é válida e supre a dificuldade de compreensão inicial, de tal modo que a exposição se tornou compreensível e não mais representa um foco de obscuridade que poderia ser comprometedora da PCA. Desse modo, entendemos por negar provimento a este item do recurso.

Quanto à irregularidade “divergência entre os totais dos saldos devedores e dos saldos credores”, a área técnica aceitou as justificativas do item anterior capazes de explicar a irregularidade, ainda que não a tenham ilidido. Desse modo, não há mais uma incompreensão capaz de comprometer a fidedignidade da prestação de contas anual, ainda que a técnica contábil não tenha sido a melhor. Portanto, opinamos por negar provimento ao recurso, quanto a este item.

Assim, acompanho o entendimento técnico e ministerial, negando provimento ao recurso no que tange às irregularidades “divergência entre a demonstração das variações patrimoniais e o balanço patrimonial em relação ao resultado patrimonial” e “divergência entre os totais dos saldos devedores e dos saldos credores”, **mantendo o posicionamento exarado no Parecer Prévio 0038/2020-3 (Processo 037/142018)**

Por fim, quanto ao pedido do Recorrente de que as Recomendações sejam modificadas, se tornando Determinações, entendo que essas apenas detalham o que já havia sido determinado, cumprindo, portanto, seu papel esclarecedor.

IV – CONCLUSÃO

Pelo exposto, **acompanhando parcialmente a área técnica e ministerial**, VOTO para que seja adotada a seguinte deliberação que ora submeto à apreciação.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. PARECER PRÉVIO TC-53/2021 – PLENÁRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** 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 Recurso de Reconsideração diante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade recursal;

1.2. No mérito, negar provimento, mantendo-se incólume o Parecer Prévio 038/2020 (Processo 37/2018-6);

1.3. Dar ciência ao Recorrente do teor da decisão tomada por este Tribunal;

1.4. Remeter os autos ao Ministério Público de Contas, nos termos do art. 62, parágrafo único da LC nº 621/2012;

1.5. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 08/07/2021 - 34ª 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, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

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 DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões