



## Acórdão 00883/2021-9 - Plenário

**Processos:** 05086/2016-9, 09065/2018-1

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

**Exercício:** 2015

**UG:** PMV - Prefeitura Municipal de Vitória

**Relator:** Márcia Jaccoud Freitas

**Responsável:** ALVAREZ MARCHITO DE SIQUEIRA FILHO, LEONARDO CAETANO KROHLING, LIGA ESPIRITOSSANTENSE DAS ESCOLAS DE SAMBA, ROGERIO SARMENTO

**Procuradores:** ALTAMIRO THADEU FRONTINO SOBREIRO (OAB: 15786-ES), GREGORIO RIBEIRO DA SILVA (OAB: 16046-ES)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –  
AUDITORIA – EXERCÍCIO DE 2015 – PLANO ANUAL  
DE FISCALIZAÇÃO 2016 – LINDB –  
CULPABILIDADE – CONSEQUENCIALISMO –  
MANUTENÇÃO DE IRREGULARIDADES –  
AFASTAMENTO DE RESSARCIMENTO –  
IMPUTAÇÃO DE MULTA – DETERMINAR – 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 LINDB<sup>1</sup>, passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por 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.

---

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

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 71<sup>2</sup>, 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**

---

<sup>2</sup> 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;

(...)

**fixados na lei**, e buscar, a toda força, o interesse da coletividade.<sup>3</sup> 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.

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 Filho<sup>4</sup> defende que a Lei Maior, interpretada sistematicamente, afirma a independência do Tribunal de Contas, cujas estruturas organizacionais são

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

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

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 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.**

#### 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’”<sup>5</sup>.

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.

---

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

## 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.

### **I.5.1 – Responsabilidade à luz do art. 28 da LINDB.**

O artigo 28 da Lei nº 12.376, de 2010<sup>6</sup>, 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.

---

<sup>6</sup> 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 Véras 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/opinio-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.

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”.<sup>7</sup>

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 Brasileiro<sup>8</sup> – 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 decisões ancoradas, principalmente, na **mensuração da gravidade da conduta do**

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> [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”.

**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 22<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> 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.

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.**<sup>10</sup>

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.**

**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.**

---

<sup>10</sup> 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

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**

Tratam os autos de fiscalização prevista no Plano Anual de Fiscalização para o exercício de 2016 (PAF 2016), deflagrada no intuito de verificar a existência de eventuais irregularidades nas prestações de contas de recursos públicos repassados à Entidades, a título de convênios ou outros instrumentos congêneres.

Da fiscalização realizada em atenção ao referido Plano de Fiscalização foram apontadas irregularidades atinentes ao Convênio 060/2015, firmado pela Prefeitura Municipal de Vitória e a Liga Espiritosantense das Escolas de Samba – LIESES, com o objetivo de custear despesas para promoção e execução do desfile das agremiações carnavalescas em 2015, realizada no Sambão do Povo, nos dias 05, 06 e 07 de fevereiro do mesmo ano, cujo valor repassado foi de **R\$1.475.000,00 (Relatório de Auditoria 0022/2016-4 – fls. 04/36 e documentação de suporte – fls. 37/150)**.

Em acolhimento à proposta contida na **Instrução Técnica Inicial ITI 940/2016**, determinou-se a citação dos responsáveis para apresentarem suas razões de defesa (**Decisão Plenária 3378/2016**, às fls. 163/164), tendo estes comparecido aos autos com suas justificativas e documentos e, ato contínuo, os autos remetidos à instrução técnica.

Os autos foram submetidos à análise técnica, que resultou na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 6018/2017** (fls. 373/427), cuja proposta de encaminhamento sugeriu a **irregularidade das contas** e o ressarcimento do valor de **R\$1.389.600,00**, conforme segue:

#### **“CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

Após a análise dos fatos constantes do presente autos, que versam sobre a Fiscalização Ordinária – Auditoria na Prefeitura Municipal de Vitória - PMV (RA-O 022/2016-4), referente ao exercício de 2015, têm-se as seguintes conclusões:

**3.1** No que tange ao **Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 022/2016**, contido às fls. 05/36 do processo TC 5086/2016, verificou-se a presença de indícios de irregularidades no Convênio 060/2016, que, em cotejo com as teses de defesa, analisados nesta ITC, levaram ao **opinamento pelo afastamento parcial das seguintes irregularidades:**

a) **Item 2.2**, subitem - **Objeto 1** - (Repasse às agremiações a título de participação, no valor de R\$1.284.000,00), **alínea “b” Ausência de identificação das pessoas que atestaram o recebimento do valor.**

**Critério:** Infringência ao parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal; princípio da Transparência; artigo 308, c/c art. 662 do Código Civil; Cláusula Segunda, parágrafo segundo, alínea “g” do Convênio nº. 060/2015.  
**Responsáveis - Alvarez Marchito de Siqueira Filho** – Assessor Técnico; **Leonardo Caetano Krohling** - Secretário de Turismo, Trabalho e Renda; **Rogério Sarmiento** – Presidente da Liga Espiritossantense das Escolas de Samba; Liga Espiritossantense das Escolas de Samba - LIESES (Pessoa Jurídica).

**3.2** Tendo em vista as análises procedidas nesta Instrução Técnica Conclusiva, que trata de Auditoria realizada na Prefeitura de Vitória, **opina-se pela manutenção das seguintes irregularidades:**

**3.2.1 Item 2.1 desta ITC** - (Celebração de Convênio 060/2016, contendo Plano de Trabalho sem o devido detalhamento dos itens 01 e 02 do Plano de Aplicação), restou irregular o **subitem 1**, referente à (Comissão Técnica), no valor de R\$ 33.000,00, e **subitem 2**, referente à (Premiação à LIESES por participação das agremiações filiadas), em razão da ausência de detalhamentos das despesas que seriam adimplidas pelos repasses feitos pela PMV no valor de R\$1.284.000,00

**Base legal:** Infringência ao Art. 116, § 1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como ao item 1.1.10 do Manual de Gestão de Convênios e Instrumentos Congêneres da PMV. Princípio da Transparência.

**Responsável – Leonardo Caetano Krohling** – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV.

**3.2.2 Item 2.2 desta ITC** - (Apresentação Irregular da Prestação de Contas) do Convênio 060/2016. Nesse quesito para facilitar o entendimento dos achados as irregularidades foram divididas em **quatro objetos**, que por sua

vez, apresentaram **outras inconsistências** vinculadas aos seus respectivos objetos, conforme demonstra o Quadro 3, abaixo.

Quadro 3 - Demonstração dos valores a serem ressarcidos

OBJETO	IRREGULARIDADE	Responsáveis	Valor a ser ressarcido (R\$)	VRT Es
1) Repasse às Agremiações a título de participação.	a) Ausência de identificação de quais despesas foram suportadas pelos recursos repassados às agremiações.	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV, <b>Leonardo Caetano Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmiento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)	1.284.000,00	477.838,56
	c) Cheques emitidos pela LIESES cuja conta destinatária é de titularidade da mesma.	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV, <b>Leonardo Caetano Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmiento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)	1.093.500,00	406.944,28
2) Repasse às Agremiações a título de premiação.	a) Ausência de identificação das pessoas que atestaram o recebimento do valor, bem como, documentos que comprovem a competência do	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV, <b>Leonardo Caetano</b>	71.100,00	26.459,75



	mesmo para tal.	<b>Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmiento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)		
	<b>b)</b> Realização de despesas fora do Plano de Trabalho.	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV, <b>Leonardo Caetano Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmiento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)	23.100,00	8.596,62
	<b>c)</b> Cheques emitidos pela LIESES cuja conta destinatária é de titularidade da mesma.	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV, <b>Leonardo Caetano Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmiento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)	46.100,00	17.156,04
3) Comissão Técnica.	a) Ausência de documentos comprobatórios de modo a detalhar os serviços prestados, bem como a individualização	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV,	33.000,00	12.280,89

	dos beneficiários pagos a título de comissão técnica.	<b>Leonardo Caetano Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)		
4) Contrapartida	a) Pagamento irregular da contrapartida com recursos do convênio.	<b>Alvarez Marchito de Siqueira Filho</b> – Assessor Técnico da PMV, <b>Leonardo Caetano Krohling</b> – Secretário de Turismo, Trabalho e Renda da PMV, <b>Rogério Sarmento</b> – Presidente da LIESES e a <b>LIESES</b> (Pessoa Jurídica)	1.500,00	558,22
Total			<b>1.389.600,00</b>	<b>517.137,43</b>

**Base legal:** Infringência ao parágrafo único do artigo 70 da CF/1988; princípio da **Transparência**; **artigo 308**; c/c Cláusula Segunda, §1º e §2º, alínea “g” do Convênio nº. 060/2015, c/c item 3.2 do Manual de Gestão de Convênios e Instrumentos Congêneres da PMV.

**Responsáveis - Alvarez Marchito de Siqueira Filho** – Assessor Técnico; **Leonardo Caetano Krohling** - Secretário de Turismo, Trabalho e Renda; **Rogério Sarmento** – Presidente da Liga Espiritossantense das Escolas de Samba; Liga Espiritossantense das Escolas de Samba - **LIESES** (Pessoa Jurídica).

**3.2.3 Item 2.3 desta ITC** - (Ausência de Interesse Público e de Interesse Comum no Objeto Conveniado) - gravação de CDS e DVDS, referente ao Convênio 538/2015, os argumentos acostados não elidiram as irregularidades referentes à venda dos CDS e DVDS, no valor de R\$ 60.000,00, que *ocasionou o descumprimento* de **normas legais**, sendo proposto o **afastamento do ressarcimento** e a **imputação de multa aos responsáveis**.

**Base legal:** Infringência ao princípio da supremacia do interesse público, princípio da moralidade, bem como ao conceito de convênio estampado no Manual de Gestão de Convênios e Instrumentos Congêneres da PMV.

**Responsáveis - Leonardo Caetano Krohling** - Secretário de Turismo, Trabalho e Renda; **Rogério Sarmento** - Presidente da Liga

Espíritossantense das Escolas de Samba; Liga Espíritossantense das Escolas de Samba - **LIESES** (Pessoa Jurídica).

**Por todo exposto**, e diante do preceituado no art. 319, Parágrafo Único, incisos I ao IV, da Res. TC 261/13, conclui-se opinando por:

**3.3.1 Preliminarmente**, a conversão dos autos em tomada de contas especial, nos termos do art.57, inciso IV, da LC 621/2012, tendo em vista a existência de **DANO**, conforme irregularidades apontadas no item 2.2, resumidas na Tabela 6 e no Quadro 2, desta ITC, no valor de R\$1.389.600,00 equivalente a **517.137,43 VRTEs**.

**3.3.2** Rejeitar as justificativas e julgar irregulares as contas do senhor **Leonardo Caetano Krohling** - Secretário de Turismo, Trabalho e Renda, tendo em vista a prática de atos ilegais dispostos nos itens 2.1 a 2.3 desta ITC, bem como o cometimento de infrações que causaram injustificável dano ao erário presentificadas no item 2.2 desta ITC, condenando-o ao ressarcimento solidário conforme Quadro 3, constante do item 3.2.2 desta ITC.

**3.3.3** Rejeitar as justificativas e julgar irregulares as contas do senhor **Alvarez Marchito de Siqueira Filho** – Assessor Técnico, tendo em vista o cometimento de infrações que causaram injustificável dano ao erário presentificadas no item 2.2 desta ITC, condenando-o ao ressarcimento solidário conforme Quadro 3, constante do item 3.2.2 desta ITC.

**3.3.4** Rejeitar as justificativas do senhor **Rogério Sarmento - Presidente da Liga Espíritossantense das Escolas de Samba e da Liga Espíritossantense das Escolas de Samba - LIESES (Pessoa Jurídica)**, tendo em vista o cometimento de infrações que causaram injustificável dano ao erário presentificadas nos itens 2.2 e 2.3 desta ITC, condenando-os ao ressarcimento solidário conforme Quadro 3, constante do item 3.2.2 desta ITC.

**4** Sugere-se, por fim, a **expedição das seguintes RECOMENDAÇÕES** à atual gestão da Prefeitura Municipal de Vitória:

**4.1** Com fulcro no art.206, §2º, da Lei Complementar 261/2013, recomenda-se a Prefeitura Municipal de Vitória que nos próximos eventos culturais, em especial, a produção do Carnaval de Vitória, cuja execução ao longo dos anos vem sendo realizado com o apoio de Organizações da Sociedade Civil (OSCs), sem fins lucrativos, utilize como referência para o planejamento e execução do seu ciclo de políticas públicas a Lei 13.019/2014, alterada pela Lei 13.204/2015 que instituiu o novo Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC)

(...)

Instado a se manifestar, o **Ministério Público Especial de Contas** acompanhou na íntegra os termos da ITC 6018/2017, conforme parecer **PMPC 7393/2017-3**, de fls. 431/437, da lavra do procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira.

Em sequência, os autos foram o Conselheiro Relator em substituição determinou preliminarmente a conversão deste processo em tomada de contas especial para fins de julgamento, em razão dos indícios de irregularidades configurados na fase de instrução processual, passíveis de causar danos ao erário, consoante previsto no art. 57, inciso IV e art. 115 da Lei Complementar Estadual 621/2012.

Por fim, o Conselheiro Relator em substituição proferiu voto, acompanhando a área técnica e órgão ministerial, conforme se verifica no voto n. 3164/2018, de fls. 440/467. Ato contínuo, houve pedido de vista pelo Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que proferiu Voto-Vista acolhendo parcialmente as razões de justificativa dos responsáveis, afastando os ressarcimentos a estes imputados, e aplicando multa ao Sr. Leonardo Caetano Krohling no valor de R\$ 15.000,00, além da expedição de determinação.

Por maioria, foi vencedor o Voto-Vista, tendo sido vencido o Relator, que manteve os termos de seu voto, resultando no Acórdão TC 956/2018 – Plenário.

Da referida decisão, o Sr. Leonardo Caetano Krohling interpôs o Pedido de Reexame, nos autos do Processo TC 9065/2018, que após regular instrução, teve seu julgamento por ocasião do Acórdão 624/2018 – Plenário, que decretou a nulidade do Acórdão TC 956/2018 a partir do Voto-Vista/vencedor, a fim de que seja proferido novo julgamento acerca das irregularidades fixadas originalmente na citação --- celebração do convênio 60/2016, contendo Plano de Trabalho sem o devido detalhamento dos itens 01 e 02 do Plano de Aplicação e apresentação irregular da prestação de contas do convênio 60/2016; ou caso se mantenha a irregularidade referente à ausência de controle externo, que seja reaberta a instrução do feito, oportunizando ao ora responsável o exercício do contraditório e da ampla defesa, após nova citação contendo os aspectos fáticos e jurídicos concernentes a essa imputação.

Após o trânsito em julgado do referido Acórdão, retornaram os autos para continuidade do feito, ocasião em que este Relator conduziu os autos à 34ª Sessão do Plenário, quando restou proferida a Decisão 2710/2019, que determinou a reabertura da instrução processual, considerando que o Acórdão 956/2018, ora anulado, identificou de que a ausência de Controle Interno no Município contribuiu substancialmente para a ocorrência da irregularidade descrita no item 2.1 da ITC 6018/2017, além da precária prestação de contas do Convênio 60/2015, com vistas à oportunidade ao(s) responsável(eis) do exercício do contraditório e da ampla defesa, além de promover a restituição ao juízo a quo da plenitude de sua atuação judicante.

Diante disso, os autos foram à unidade técnica, que por meio da Manifestação Técnica 11168/2019 opinou: a) pela desconsideração do efeito prodrômico e realização de novo julgamento de mérito de todas as matérias julgadas que tiveram a decisão anulada; b) pela impossibilidade de reabertura da instrução processual, considerando que a questão suscitada referente à alegada ausência de Controle Interno municipal não fez parte do escopo da fiscalização, de modo que, embora seja de fácil constatação a existência do setor, poderia ser determinada a inclusão de procedimento de fiscalização específico no próximo Plano Anual de Fiscalização, prosseguindo-se o julgamento do feito no estado em que se encontra; e c) não sendo adotado o item 'b", pelo julgamento do feito na forma em que se encontra, por estar a causa madura em relação aos indícios de irregularidade apresentados no RA 22/2016, ITI 940/2016 e analisados na ITC 6018/2017.

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas, no bolo do Parecer 2784/2021, da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu em parte com a MT 11168/2019, no que tange à impossibilidade de reabertura da instrução processual, bem como não considerar a causa plenamente madura para o julgamento. Ainda, reitera seu posicionamento anterior, anuindo com os termos da ITC 6018/2017.

Incluídos os autos na 34ª Sessão Ordinária do Plenário, quando foram apresentados memoriais e sustentação oral pelo patrono dos responsáveis (Petição Intercorrente 693/2021), suscitando razões para o afastamento das irregularidades, o ressarcimento dessas decorrentes e eventual sancionamento.

É o que importa relatar.

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

#### **III.1 – Contexto Processual.**

Trata-se de Fiscalização, na modalidade de Auditoria, prevista no Plano Anual de Fiscalização para o exercício de 2016 (PAF 2016), objetivando verificar existência de irregularidades nas prestações de contas de recursos públicos repassados à

Entidades, a título de convênios ou outros instrumentos congêneres, que identificou a presença de irregularidades no repasse de valores pela PMV à LIESES, por meio do Convênio 060/2015, tendo sido apontados como responsáveis o Sr. Rogerio Sarmiento, Liga Espiritossantense das Escolas de Samba, Sr. Leonardo Caetano Krohling e Sr. Alvarez Marchito de Siqueira Filho.

Após a instrução processual, os autos foram submetidos ao Plenário desta Corte de Contas que, por maioria dos votos, em adesão ao Voto Vista apresentado pelo Conselheiro Rodrigo Chamoun, concluiu por acolher em parte as justificativas apresentadas, afastar o ressarcimento e impor multa ao Sr. Leonardo Caetano Krohling.

Em sede recursal, a referida decisão foi anulada sob o fundamento de violação ao contraditório e à ampla defesa, retornando os autos ao momento processual do julgamento.

Por decisão colegiada, os autos retornaram à unidade técnica com a pretensão de reabertura da instrução, tendo havido manifestação técnica e ministerial no sentido de impulsionar o feito, considerado maduro, para novo julgamento.

### **III.2 – Contexto dos Fatos.**

A fiscalização apontou irregularidades no Convênio 060/2015, para repasse de recursos da PMV para a LIESES, objetivando prestar apoio nas despesas para a promoção e execução do desfile das agremiações carnavalescas em 2015, no montante de R\$ 1.475.000,00, além do repasse para Grêmio Recreativo e Cultural Escola de Samba Unidos do Barreiros, para participação no Carnaval oficial de Vitória realizado no Sambão do Povo.

Em auditoria, a unidade técnica verificou a presença de indicativos de irregularidades, tendo remanescido após a instrução o questionamento acerca da celebração de convênio contendo falta de detalhamento no plano de trabalho acerca dos itens 01 (comissão técnica) e 02 (premiação para as agremiações) do plano de aplicação, prestação de contas deficiente e ausência de interesse público e de

interesse comum no repasse de quantia para a gravação de CDs e DVDs para divulgação nas comunidades de samba dos sambas-enredos das escolas participantes do carnaval de 2016.

A prestação de contas do Convênio, incluindo a comprovação da execução da contrapartida, apresentada tempestivamente em 07/4/2015, foi aprovada com ressalva pela Concedente, em 21/7/2015, tendo a Conveniente recebido advertência por conta de equívoco em pagamento efetuado, mas atestando a Concedente que espelha a prestação de contas apresentada a correta aplicação dos recursos repassados.

#### **IV - FUNDAMENTAÇÃO**

##### **IV.1 – Preliminarmente:**

##### **IV.1.1 – Da inaplicação do efeito prodrômico – vedação à *reformatio in pejus* indireta e não reabertura da instrução processual.**

Antes que se adentre à análise meritória, faz-se necessário discorrer acerca da imposição do efeito prodrômico à decisão de mérito a ser proferida nestes autos, estabelecida por ocasião do Acórdão TC 624/2019 (Processo TC 9065/2018), que anulou o Acórdão 956/2018, proferido nestes autos, ou que fosse determinada a reabertura da instrução processual, promovendo nova citação referente às imputações de falhas do controle interno.

Como já delineado na Decisão 2710/2019, a incidência do mencionado efeito prodrômico significa dizer que a decisão que sobreviesse a estes autos deveria se ater aos limites criados pelo acórdão anulado, tanto em relação ao acolhimento das razões de justificativas e ao ressarcimento afastado, quanto à imposição de multa pecuniária individual, sob pena de, na hipótese de ultrapassar esses parâmetros, incorrer em *reformatio in pejus* indireta.

Nos ensinamentos de Fernando Capez<sup>1</sup> a *reformatio in pejus* é “a possibilidade do tribunal prejudicar a situação processual do réu, em virtude de recurso da defesa”.

Complementa o autor que o Código de Processo Penal regula tais situações no art. 617, que assim dispõe:

Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença . (g.n.)

Além dessa vertente direta, existe a indireta, que é apresentada por CAPEZ (2011): “*Anulada sentença condenatória em recurso exclusivo da defesa, não pode ser prolatada nova decisão mais gravosa do que a anulada*”.

A reformatio in pejus indireta decorre de interpretação do disposto no artigo 626, *caput* e parágrafo único do CPP:

Art. 626. Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima ensina:

Destarte, anulada uma sentença mediante recurso exclusivo da defesa, da renovação do ato não poderá resultar para o acusado situação mais desfavorável que a que lhe resultaria do trânsito em julgado da decisão de que somente ele recorreu: é o que resulta da vedação da reformatio in pejus indireta. Como se percebe, esta vedação da reformatio in pejus indireta retrata hipótese excepcional em que um ato nulo – sentença anulada pelo Tribunal em recurso exclusivo da defesa – produz o singular, mas compreensível efeito de limitar a pena que venha a ser aplicada em decisão superveniente.

Assim, nota-se que a *reformatio in pejus* se apresenta num contexto processual em que ocorre a triangulação da relação processual que exercem seus distintos papéis – compostos por parte autora e ré, com interesses antagônicos, e o Poder Judiciário, que emitirá juízo de valor sobre os argumentos aduzidos pelas partes ---, e se aplica sua vedação para os casos em que o órgão acusador deixa de exercer uma faculdade processual, que no caso é apresentar recurso da sentença.



No contexto processual penal, parte-se da premissa de que deve haver paridade de tratamento entre as partes da relação processual --- aqui, além da figura do juiz, há a acusação e a defesa ---, no que se refere ao exercício de suas faculdades e direitos, exsurge um dos fundamentos da *reformatio in pejus*: quando somente a defesa apresenta recurso.

No processo de controle externo, esse princípio deve ser adaptado ao contexto processual próprio, com características peculiares, em que o órgão ministerial não exerce as mesmas faculdades que o MP Estadual no Judiciário, o corpo técnico exerce papel similar ao da acusação exercida pelo MP Estadual, também sem as faculdades do órgão, pode o MP de Contas divergir dos relatórios técnicos acusatórios, entre outros pontos.

O que se pretende demonstrar é que no presente caso, a *reformatio in pejus* não deve ser aplicada, **já a equipe responsável pelo relatório de auditoria, a acusação, sequer possui a faculdade de apresentar recurso em face do acórdão** prolatado, uma vez que nos processos de controle externo só é permitido o recurso da defesa, mas nunca da acusação.

A aplicação da *reformatio in pejus*, direta ou indireta, aos processos de controle externo, portanto, implicaria numa disparidade entre acusação e defesa, posto que não há lógica processual que a sustente, considerando que seu fundamento é justamente a possibilidade da acusação e defesa apresentarem recurso e somente a defesa o faz.

Nestes termos, acompanho os entendimentos técnico e ministerial para afastar a incidência do efeito prodrômico, de modo a se impor novo julgamento de mérito de todas as matérias julgadas que tiveram a decisão anulada nos presentes autos, sem limitações decisórias.

A seguir disso, a unidade técnica aventou a impossibilidade técnico-regimental de diligenciar a reabertura da instrução processual determinada pela Decisão 2710/2019, já que análise acerca do Controle Interno do Município de Vitória não foi alvo da fiscalização em tela, de forma que a medida não constituiria diligência, mas

sim nova fiscalização, fugindo à previsão do art. 321, §1º do RITCEES. A despeito disso, sustentou que o Controle Interno em questão foi analisado em outro contexto (Processo TC 3367/2016), tendo sido apurada sua implementação e pleno e excelente funcionamento já em desde 2013 (Lei 8530), pelo que não encontraria amparo o fundamento de que a má prestação de contas em destaque decorreria da ausência ou fragilidade do setor.

Assim, considerando a suficiência de elementos que demonstrem a eficiência do Sistema de Controle Interno municipal, entendo desnecessária a inclusão de procedimento fiscalizatório no Plano Anual de Fiscalização, pelo que acompanho a proposição técnica no sentido de dar seguimento à análise meritória.

#### **IV.2 – Do mérito.**

Pelo exposto na Instrução Técnica Conclusiva ITC 6018/2017 e Manifestação Técnica 11168/2019, remanescem indicativos de irregularidade constantes da Instrução Técnica Inicial ITI 00940/2016, ratificados pelo Ministério Público de Contas no Parecer 7393/201715 e Parecer 2784/2021, relacionados aos Convênios nº 060/2015 e nº 538/2015 celebrados entre a PMV e a LIESES, em relação aos quais passa-se à análise.

A unidade técnica, após análise do arcabouço probatório trazido aos autos, apontou no sentido de que restam configuradas as seguintes irregularidades relacionadas aos convênios aqui tratados:

##### **IV.2.1 - Celebração de convênio contendo plano de trabalho sem o devido detalhamento dos itens 01 e 02 do plano de aplicação (item 2.1 da ITC 6018/2017).**

**Critério:** Infringência ao art. 116, § 1º, inciso I da Lei Federal nº 8.666/93, bem como ao item 1.1.10 do Manual de Gestão de Convênios e Instrumentos Congêneres da PMV, c/c princípio da Transparência.

**Responsáveis:** **Leonardo Caetano Krohling** (então Secretário de Turismo, Trabalho e Renda do Município de Vitória/ES)

No tocante aos indícios de irregularidade apontados no presente item, relativamente à “ausência de detalhamento do item 01 (Comissão Técnica)” contido no Plano de

Aplicação do Convênio 060/2015, a unidade técnica constatou que não foram especificados os serviços que seriam prestados a título de comissão técnica, tendo sido apenas fixado o valor de R\$ 33.000,00 para um quantitativo de 50 unidades de “serviços” ao preço unitário de R\$ 660,00, sem, portanto, o devido detalhamento de despesas, conforme se depreende da tabela abaixo transcrita:

Item	Descrição	Quantidade	Valor (R\$)	
			Unit.	Total
1	Comissão Técnica	50	660,00	33.000,00
2	Premiação à LIESES por participação das agremiações filiadas	1	1.284.000,00	1.284.000,00
3	Premiação de Incentivo aos Compositores do CD de Samba enredo	10	3.000,00	30.000,00
4	Premiação de Incentivo aos interpretes do CD	10	2.000,00	20.000,00
5	Premiação a primeira colocada no desfile	1	20.000,00	20.000,00
6	Premiação à segunda colada no desfile	1	15.000,00	15.000,00
7	Premiação à terceira colocada no desfile	1	10.000,00	10.000,00
8	Premiação à primeira colocada no desfile (grupo acesso)	1	3.000,00	3.000,00
9	Repasse do recurso da PMV para o Grêmio Recreativo e Cultural Escola de Samba Unidos do Barreiros, em caráter excepcional	1	60.000,00	60.000,00
<b>Total</b>				<b>1.475.000,00</b>

Sustenta a área técnica que deveria o gestor ter exigido maior transparência do Plano de Aplicação “(...) de modo a subsidiar, futuramente, a análise da prestação de contas, buscando aferir a pertinência das despesas, no que concerne a observância ao fim pactuado”.

O referido convênio foi assinado em 29/01/2015 (fls. 38/45), o que deve ser reconhecido como curto lapso temporal até a realização do evento (05, 06 e 07/02/2015), inviabilizando uma eventual reformulação do Plano de Trabalho pelo órgão concedente, com a necessária especificação dos serviços a serem suportados pela verba concedida, de maneira a lhe garantir uma prestação de contas adequada, conforme a Cláusula Segunda do Convênio firmado, a seguir transcrita:

Cláusula segunda: Das obrigações

(...)

c) examinar e deliberar, quando proposta, a excepcional reformulação do Plano de Trabalho; examinar, aprovar e homologar a prestação de contas ao final da execução do projeto proposto.

Ainda, quanto à eventual necessidade de reformulação do Plano de Trabalho, é importante registrar que para a entidade conveniada (LIESES), esta reformulação consistia numa faculdade e não um dever, com a individualização das despesas decorrentes dos serviços e materiais adquiridos e contratados para a realização do evento, considerando o repasse efetuado a estas pela LIESES, conforme previsto no convênio firmado:

Cláusula quarta: Do Plano de Trabalho

O Plano de Trabalho é parte integrante deste instrumento, independentemente de transcrição.

Parágrafo único – A reformulação do Plano de Trabalho **poderá** ser requerida formalmente pela conveniente ao Município, **até 30 (trinta) dias antes do término do prazo estabelecido para a execução do convênio**, condicionada sua aprovação à ocorrência de excepcionalidade e desde que aceitas pelo ordenador de despesas, vedada a mudança de seu objeto.

Neste contexto, considerando que o repasse se deu com empenho da despesa no dia 30/01/2015 (fls. 48), bem como o seu pagamento se deu em 03/02/2015 (fls. 50/53), ou seja, dois dias antes do evento ser realizado (dias 05, 06 e 07/02/2015), verifica-se que realmente não seria plausível exigir das agremiações carnavalescas qualquer ingerência na reformulação do Plano de Trabalho em tela, pois não haveria tempo hábil para tanto, no caso concreto.

Pondera-se, neste ponto, que se as agremiações decidissem esperar o recebimento do recurso financeiro obtido pelo Município para cumprir sua atividade no desfile, possivelmente teriam sucumbido sem a efetiva apresentação de suas escolas no evento.

No entanto, a despeito das inconsistências referentes ao Plano de Trabalho não detalhado, o prazo exíguo entre a realização do evento e o pagamento das parcelas conveniadas à LIESES, merece destaque o fato de que as agremiações beneficiadas realizaram o evento carnavalesco de 2015, promovendo o turismo e a

cultura no Município, além de sua divulgação até para fora das fronteiras do Estado. Assim, por meio do desfile carnavalesco, restou demonstrado que o objetivo previsto para o Convênio em questão foi alcançado.

Mandatário é, também, salientar que, diferente do processo jurisdicional, em que o conflito gira em torno de direitos disponíveis, o processo administrativo tutela o interesse público e, não raro, a garantia de direitos fundamentais. Por isso, o gestor deve agir de ofício, assumindo a promoção de provas e acastelando a inércia.

Dessa maneira, como os direitos em debate orbitam em torno do interesse público, jazendo a produção das provas sob o alcance do responsável estatal, é indissociável a compreensão de que recai sobre o agente concedente da verba pública, via reflexa, a necessidade de tomar iniciativas na busca de elementos suficientes a expor as variáveis que compõem a exata realidade dos fatos para o afastamento da irregularidade imputada, na perseguição da verdade real, o que não foi devidamente cumprido na hipótese em tela.

De outra perspectiva, a própria equipe de auditoria, ao indicar irregularidade, sobretudo, quando esta ensaia um possível dano, deve com igual ênfase, no desígnio de obter a referida verdade real e privilegiando o princípio constitucional da motivação, trazer aos autos provas objetivas e congruentes, com vistas a sustentar sua averiguação, o que também não ocorreu no caso sob exame.

Dessa forma, considerando que não foi questionada a realização do evento objeto para o qual foi firmado o convênio, mas as inconsistências detectadas pela unidade técnica recaem sobre sua formalização, **acompanho em parte o entendimento técnico e ministerial para mantê-las em seu aspecto formal**, postergando para o momento oportuno a análise acerca da conduta dos responsáveis envolvidos.

#### **IV.2.2 - Apresentação irregular da prestação de contas (item 2.2 da ITC 6018/2017).**

**Critério:** Infringência ao parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal; princípio da Transparência; artigo 308, c/c art. 662 do Código Civil; Cláusula Segunda, parágrafo segundo, alínea “g” do Convênio 060/2015, c/c item 3.2 do Manual de Gestão de Convênios

e Instrumentos Congêneres da PMV e Cláusula segunda, parágrafo primeiro do Convênio 060/2015.

**Responsáveis: Leonardo Caetano Krohling** (então Secretário de Turismo, Trabalho e Renda do Município de Vitória/ES), **Alvarez Marchito de Siqueira Filho** – então Assessor Técnico; **Liga Espiritossantense das Escolas de Samba – LIESES** (Pessoa Jurídica), representada por **Rogério Sarmiento** – Presidente da LIESES.

A irregularidade assinalada aborda pontualmente a não comprovação da boa e regular aplicação da totalidade dos recursos repassados pela Prefeitura de Vitória, por meio da Secretaria de Turismo, Trabalho e Renda, à LIESES, pactuada através do Convênio 60/2015, da quantia de R\$1.475.000,00, com vistas a promover o custeio das despesas para a promoção e execução do desfile das Agremiações Carnavalescas 2015.

Diante disso, a unidade técnica detectou incongruências que romperiam o lastro entre o recebimento e a designação dos recursos repassados, o que evidenciaria a deficiência na prestação de contas e, em consequência, ensejaria o dever de ressarcimento no montante imputado aos responsáveis, em solidariedade, conforme apresentado na Tabela 6 da ITC 6018/2017:

<b>Objeto</b>	<b>Irregularidade</b>	<b>Valor a ressarcir (R\$)</b>
Repasse às agremiações a título de premiação por participação	Ausência de identificação de quais despesas foram suportadas pelos recursos repassados às agremiações	1.284.000,00
Repasse às agremiações à título de premiação	Ausência de identificação das pessoas que testaram o recebimento do valor, bem como de documentos que comprovem a competência dos mesmos para tal	71.100,00
Comissão Técnica de apuração (jurados)	Ausência de documentos comprobatórios de modo a detalhar os serviços prestados, bem como a individualização dos beneficiários pagos à título de comissão técnica	33.000,00
Contrapartida	Pagamento irregular da contrapartida com os recursos do convênio	1.500,00
<b>total</b>		<b>1.389.600,00</b>

No que diz respeito ao valor repassado do município para a LIESES, a título de premiação, no valor de R\$ 1.284.000,00, verifica-se que foi comprovadamente repassado às agremiações, como informado pelo presidente da Liga, Sr. Rogério Sarmiento, através de memória de cálculo (fls. 61), bem como pelos cheques

assinados pela Liga às agremiações --- na conta 23.825.524, da agência 236 do Banestes ---, juntamente aos recibos correspondentes, emitidos pelas agremiações beneficiadas, dando conta do efetivo recebimento destes valores pelas agremiações (fls. 98/113):

<b>Escolas</b>	<b>Valores repassados (R\$)</b>
Unidos da Piedade	190.500,00
Unidos de Jucutuquara	190.500,00
Novo Império	190.500,00
Pega no Samba	160.500,00
Imperatriz do Forte	160.500,00
Barreiros	160.500,00
Boa Vista	115.500,00
MUG	115.000,00
<b>total</b>	<b>1.284.000,00</b>

A grosso modo, o valor repassado à LIESES pela Prefeitura de Vitória (R\$ 1.284.000,00) e direcionado às agremiações participantes do evento, se destinava a suportar despesas por estas já realizadas para o evento carnavalesco. No entanto, formalmente, no Plano de Trabalho firmado, não foi definida a obrigação de demonstrar o que cada agremiação beneficiada teria gasto com a parcela recebida, o que, inobstante a falta de transparência, não conduz ao entendimento de desvio da verba patrocinada.

Já acerca da importância de R\$ 71.000,00, também repassada pela LIESES às escolas vencedoras da 1ª, 2ª e 3ª colocação no desfile carnavalesco, bem como às escolas de acesso à título de premiação, arguiu a unidade técnica que apesar dos cheques emitidos pela LIESES estarem nominais às agremiações, não teria sido possível identificar se as pessoas físicas que atestaram o recebimento dos valores corresponderiam às reais representantes legais destas, pelo que sugeriu a manutenção da irregularidade e seu respectivo ressarcimento.

Tabela 3 – Valores repassados às Agremiações a título de premiação por classificação, sem identificação dos representantes legais:

<b>AGREMIÇÃO</b>	<b>OBJETO</b>	<b>DATA</b>	<b>Nº CHEQUE</b>	<b>VALOR (R\$)</b>
ARC Mocidade Unida da Glória	Premiação 1ª Colocada Desfile	13/03/2015	36	20.000,00

GRES Unidos de Jucutuquara	Premiação 2ª Colocada Desfile	30/04/2015	1046	10.000,00
		30/04/2015	1050	5.000,00
GRES Independente de Boa Vista	Premiação 3ª Colocada Desfile	29/04/2015	1045	10.000,00
GRES Pega no Samba	Premiação 1ª Colocada Grupo de acesso	13/03/2015	39	18.500,00
GRES Andaraí	“Premiação a Andaraí”	26/03/2015	42	7.600,00
<b>Total</b>				<b>71.100,00</b>

Fonte: Repasse às escolas a título de premiação (Anexo 8)

Neste ponto, destaca-se que os pagamentos em análise foram efetuados através de cheques nominais às agremiações. Não bastasse, há que ser considerada a informação de que as escolas são devidamente representadas pelos seus presidentes e, conforme Atas de Constituição das agremiações agraciadas, acostadas aos autos pela defesa às fls. 220/278, restaram identificados nos recibos respectivos os representantes legais de cinco escolas de samba, dentre as oito agremiações beneficiadas, conforme se extrai da tabela disposta na ITC 6018/2017 (fls. 406/407).

Ainda sobre a importância de R\$ 71.000,00, constata-se que há também explicação para a irregularidade apontada pela área técnica quanto aos valores transferidos às escolas de acesso --- Pega no Samba e Andaraí ---, de R\$18.500,00 e R\$7.600,00, respectivamente, conforme cheques emitidos na conta do convênio e recibos encartados nestes autos, no total de R\$26.100,00 (fls.122/127), tendo em vista que no Plano de Trabalho (fls. 40/45), o desembolso definido para os grupos de acesso seria de apenas R\$3.000,00, senão vejamos:

Tal como aduziu a defesa, cabia à Liga, na condição de efetiva realizadora do evento, a discricionariedade de aumentar a premiação das escolas de acesso e, inobstante o recebimento de R\$3.000,00 de patrocínio da Prefeitura de Vitória, decidiu suportar a despesa de R\$23.100,00 com recursos próprios, do total desembolsado para as escolas de acesso de R\$26.100,00.

A comprovação de que o valor direcionado às escolas de acesso (R\$26.100,00) foi absorvido em parte por recursos próprios da Liga (R\$23.100,00), através de sua



conta movimento, e parte com recursos do Convênio (R\$3.000,00), foi constatada quando da análise da prestação de contas, nos termos do relatório apresentado em 10 de julho de 2015 (fls. 65/73), tendo em vista o esclarecimento prestado, constante em nota, de fls. 67 – verso.

Na ocasião, o assessor técnico deu ressalva às contas em tela, em razão de três pagamentos realizados através da conta movimento da Liga (recursos próprios) às agremiações ganhadoras (2º e 3º lugar), por intermédio de três cheques emitidos de R\$5.000,00, R\$10.000,00 e R\$10.000,00 (fls. 118, 119 e 121), totalizando R\$25.000,00, despesas estas que estavam contempladas no Plano de Trabalho e, portanto, deveriam ser pagas na conta do Convênio em questão.

Contudo, este erro foi compensado por aquela entidade, com o desembolso às escolas Andaraí e Pega no Samba com recursos do convênio de R\$23.100,00, acrescida da multa de IPRF referente ao pagamento dos RPA, o que teria corrigido, segundo o assessor responsável, a quantia indevidamente desembolsada na conta movimento da Liga (recursos próprios).

Nestas circunstâncias, em que pese a irregularidade formal decorrente da ausência de identificação dos presidentes de três agremiações nos recibos apresentados como prova de pagamento (fls. 406/407), conforme tabela disposta às fls. 115/127, entendendo que o dano indicado, decorrente do pagamento realizado pela LIESES a título de premiação às agremiações, se mostra amparado em suposição de desvio.

Assim, verifica-se a ausência de fundamento material para manutenção do ressarcimento imputado de R\$71.000,00.

Neste íterim, também foi examinada pela equipe técnica a incongruência no repasse às agremiações, com base nas microfilmagens dos cheques encartados às fls. 98/127, posto que as verbas, embora repassadas através da conta específica do convênio, com cheques nominais às agremiações (conta corrente nº 23.825.524 – agência 0236, do Banestes), teriam sido destinadas em seu verso pelas próprias beneficiadas à conta movimento da Liga (conta corrente n. 13.422.423 – agência 236, do Banestes).

Ocorre, no entanto, que em defesa foram alegadas a boa-fé objetiva e a presunção de inocência, que devem prevalecer nas relações jurídicas, pelas quais cada parte deve agir pressupondo a lisura da outra parte.

Nessa toada, reconhece-se que, de fato, o que ocorreu foram erros formais que, embora de natureza grave, não induzem ao ressarcimento dos valores, sobretudo, porque não houve qualquer notícia de desvio destes recursos, especialmente por parte dos legitimados a este pagamento - escolas participantes e vencedoras deste carnaval, em uma eventual reivindicação de não recebimento de sua premiação.

A constatação retro ganha reforço na medida em que não foi noticiada à época qualquer situação que induzisse ao entendimento de que teria havido fraude ou desvio na aplicação dos recursos públicos enviados como patrocínio diretamente à Liga e, indiretamente as escolas a esta associadas.

No que toca ao repasse efetuado à título de pagamento à comissão técnica, foi acostada a nota fiscal de serviço – NFS-e 0019, seguido de cheque do respectivo pagamento, no valor de R\$33.000,00 (fls. 212/213), que dão conta do pagamento realizado à empresa Thais Barros Dalla Bernardina, especializada para realizar esta atividade.

Neste subitem, verifica-se que a maneira intentada pelo gestor responsável demonstrou de alguma forma a consecução deste item do Convênio firmado, qual seja, comprovou o custeio dos serviços de jurados para avaliar e atribuir notas às escolas de samba, em razão de diversos quesitos carnavalescos, pelos quais são julgadas as agremiações.

A exemplo das premiações pagas às agremiações pela LIESES, ressalta-se que não havia definida no Plano de Trabalho a obrigatoriedade de individualização dos beneficiários do valor de R\$33.000,00, pagos à título da comissão técnica contratada. Nesse aspecto, há de se salientar que pela posição que ocupam, os jurados, avaliadores do desfile, não deveriam ser previamente conhecidos, para efeito de não incorrerem em manipulação.

Aproveita-se dos argumentos antes utilizadas para afastar o ressarcimento imputado no subitem anterior, baseado na boa-fé objetiva e na presunção de inocência alegadas pela defesa, tendo em vista a ausência de provas inequívocas de que os jurados não executaram os serviços e/ou não receberam os valores devidos, de forma a não configurar, no caso concreto, a irregularidade material, ensejadora de devolução de valores.

Por fim, foi suscitado pela área técnica como indevidamente pago à conta do convênio as despesas de vigilantes para os carros alegóricos no Sambódromo, no valor de R\$1.500,00, definido no Plano de Trabalho como contrapartida a ser desembolsada pela Liga (fls. 67, verso), conforme se depreende da cópia do cheque e recibo constantes às fls. 132/133.

Sobre esta inconsistência, destaca-se mais uma vez que se evidencia um erro formal, pois todas as receitas do citado convênio, conforme Plano de Trabalho (fls. 66 - verso), perfazem o total de R\$1.475.000,00, cuja destinação e execução foram devidamente comprovadas nestes autos para premiação das escolas de samba e para pagamento da Comissão Técnica, não estando incluído o valor de R\$1.500,00 questionado.

De outro lado, tal valor de R\$1.500,00 se encontra especificado na relação de fornecedores, também acostada na prestação de contas às fls. 67 - frente e verso, que perfaz o montante de R\$1.500.000,00.

Assim, o fato da despesa de R\$1.500,00 ter sido paga na conta definida para execução dos recursos do convênio nº 60/2015 (conta corrente nº 23.825.524 – agência 0236, do Banestes), por si só, não denota que a Liga deixou de cumprir com a sua contrapartida definida no convênio, pois todos os recursos recebidos pela Liga do convênio estavam comprometidos e entre eles não constava o citado valor de R\$1.500,00.

Por estes cálculos, resta indicado que a despesa de vigilantes, ainda que por equívoco tenha sido realizada com o cheque emitido à conta específica do convênio,

não foi ao final executada com recursos do convênio, ou seja, foram suportados pela Liga por outra fonte - extra convênio, a exemplo do ocorrido no caso dos R\$25.000,00 pagos equivocadamente na conta movimento, conforme nota às fls. 67 – verso, requerendo, em ambos os casos, a compensação de valores atinentes à despesa a ser realizada na conta correta, seja do convênio ou de recursos próprios.

No cenário alinhavado, me reporto à análise proferida no item anterior, que acena para a falta de transparência no Plano de Trabalho e de planejamento pelo órgão concedente, que repassou a verba sem tempo hábil à realização do evento patrocinado, inviabilizando uma prestação de contas adequada, o que enseja o afastamento do ressarcimento imputado, diante de potenciais falhas formais, como as ora apresentadas neste item.

Deste modo, apesar das deficiências na liquidação das citadas despesas, há que se ressaltar que a condenação em dano ao erário depende da prática de ato que resulte em perda patrimonial, desvio, apropriação ou dilapidação do patrimônio público, o que não se confirmou no caso em tela, uma vez que as provas carreadas nos autos dão conta da realização do evento, tendo o mesmo sido realizado a contento.

Nesse sentido, ressalte-se que este Tribunal tem se posicionado em situações análogas afastando o ressarcimento respaldado na impropriedade de se manter um ressarcimento de valores atinentes à serviços cuja prestação de contas se encontrava incompleta ou indevida, tendo em vista a tese do dano presumido e da ilegitimidade do enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública.

Em relação a essas teses, trago trechos extraídos da Decisão do STJ, no Recurso Especial nº 1.181.806 – SP (2010/0034417-0), no qual foi afastado o ressarcimento imposto na instância de piso, respaldada na tese pacificada naquela Corte Superior de que mera presunção do prejuízo não se mostra suficiente para sua imputação:

“Sabe-se que, para fins de condenação do Agente Público e de terceiros no ressarcimento ao Erário, via de regra, revela-se imprescindível a comprovação do nexo causal entre a conduta ilícita do Agente ou do terceiro (dolosa ou culposa) e o dano causado ao Ente Estatal, sendo insuficiente, portanto, a mera presunção do prejuízo ao Estado,

conforme jurisprudência pacífica desta egrégia Corte Superior de Justiça”

“Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1/3/11).”

"Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública (REsp 728.341/SP)" (REsp nº 1.184.973/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, in DJe 21/10/2010)".

Portanto, não cabe prosperar o entendimento vertido na peça conclusiva, vez que a manutenção do ressarcimento no valor integral da premiação, acarretaria hipótese vedada de enriquecimento ilícito por parte da Administração, que em última análise se beneficiou dos serviços contratados, seja na sua integralidade ou em parte, e ainda assim, restaria recomposto do valor total.

Neste contexto, em dissonância parcial do entendimento técnico e ministerial, especialmente respaldado na tese da inviabilidade de imputação de ressarcimento por dano presumido, **mantenho a irregularidade.**

#### **IV.2.3 – Ausência de interesse público e de interesse comum no objeto conveniado (item 2.3 da ITC 6018/2017).**

**Critério:** Infringência ao princípio da Supremacia do Interesse Público, princípio da Moralidade, bem como ao conceito de convênio estampado no Manual de Gestão de Convênios e Instrumentos Congêneres da PMV.

**Responsáveis:** **Leonardo Caetano Krohling** (então Secretário de Turismo, Trabalho e Renda do Município de Vitória/ES); **Liga Espiritossantense das Escolas de Samba – LIESES** (Pessoa Jurídica), representada por **Rogério Sarmiento** – Presidente da LIESES.

A unidade técnica aduziu que, ao analisar os termos do Convênio 538/2015, referente ao repasse de R\$ 60.000,00 à LIESES para gravação, duplicação e arte de CDS e DVDS das escolas de samba relativo ao carnaval 2016, não foi possível confirmar a existência de um juízo apto para configurar o interesse comum entre as partes --- neste caso, ao Município ---, que justificasse a celebração de um instrumento de convênio, elemento este (interesse comum), essencial para sua formalização.

Na justificativa apresentada no Plano de Trabalho se exalta a importância do carnaval para a cultura capixaba e que tais produtos serviriam para divulgar nas comunidades de samba os sambas-enredos das escolas participantes do carnaval de 2016.

Tal finalidade, se implementada, iria ao encontro do interesse do município, ratificando a assinatura do convênio, visto que, sua distribuição serviria para divulgação da cultura capixaba.

Todavia, não resta clara, nos autos, como seria realizada a destinação dos produtos confeccionados com os recursos oriundos do município, nem mesmo se seriam distribuídos gratuitamente nas comunidades, dado o envolvimento de dispêndio de recursos públicos.

Por fim, a unidade técnica aferiu, por meio de notícia em site de internet (Anexo 14 – Comercialização CDS e DVDS) que os itens foram comercializados, cobrando-se valores de R\$ 10,00 e R\$ 20,00, respectivamente.

O corpo técnico não se visualizou a presença de interesse público nesta parceria, ao se repassar recursos do erário à entidade privada sem fins lucrativos, possibilitando-a gerar ganhos financeiros oriundos de produtos custeados pela Municipalidade, infringindo-se o art. 37 da Constituição Federal, especificamente, no que se refere ao princípio da Moralidade.

Pelo princípio da Moralidade administrativa, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, ele deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo praticado. (MORAES, 2005, p. 296).

Conforme conceito disposto no Manual de Gestão de Convênios e Instrumentos Congêneres da PMV, o interesse mútuo e comum, é um pré-requisito para formalização de um convênio, *in verbis*:

#### **CONCEITOS**

**Os convênios** são compromissos firmados entre entidades públicas, ou entre estas e entidades privadas, visando à execução de atividades ou eventos **em que haja interesse comum** e que para tanto, se submetem ao estabelecimento de um acordo de cooperação no qual cada um responde pelo cumprimento de um objeto previamente estipulado, descentralizando fisicamente as atividades a serem desenvolvidas.

É a coincidência de interesses entre os partícipes de um convênio que legitima que um deles transfira recursos ao outro para a consecução de determinado objetivo. (g.n)

Isto posto, a equipe técnica entendeu não haver interesse público nem recíproco no repasse de R\$ 60.000,00 à LIESES para a gravação de CDS e DVDS e posterior comercialização. Contudo, salienta que a equipe de auditoria não trouxe aos autos documentação apta a possibilitar a valoração do débito a ser ressarcido em decorrência da venda dos produtos sobreditos, fato que, aliado à ausência de controle sobre a venda de CDs e DVDs produzidos por parte tanto da Prefeitura quanto pela LIESES, inviabilizaram a glosa do valor repassado e aplicado de forma irregular, opinando, assim, pelo afastamento do ressarcimento inicialmente apontado.

Diante disso, adiro aos entendimentos técnico e ministerial neste item, **no sentido de manter a irregularidade, sem, contudo, imputar o ressarcimento deste decorrente**, eis que não demonstrada a ocorrência de dano.

## **V – DO JULGAMENTO**

### **V.1 - Da análise de conduta do responsável, Sr. Leonardo Caetano Krohling, conforme preceitua o art. 28 da LINDB.**

A presente análise avaliará a conduta do responsável a partir do contexto pandêmico e das condições técnicas e administrativas que concorreram para a ocorrência da irregularidade em questão.

As irregularidades atribuídas aos atos praticados pelo responsável são: **IV.2.1 – Celebração de convênio contendo plano de trabalho sem o devido detalhamento dos itens 01 e 02 do plano de aplicação; IV.2.2 – Apresentação irregular da prestação de contas; IV.2.3 – Ausência de interesse público e de interesse comum no objeto conveniado.**

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**.

Observa-se no caso dos autos que, embora tenham ocorrido as irregularidades sobreditas, pois claras a falhas e ausência de suficientes justificativas, o gestor demonstrou que os instrumentos em análise alcançaram a finalidade proposta de fomentar a cultura em torno do carnaval, bem como que os serviços para os quais foram destinados os repasses realizados pelo Executivo municipal foram executados.

Ressalva-se ainda na conduta do gestor, que os autos foram encaminhados também a Procuradoria municipal e nenhuma ressalva quanto à falta de detalhamento da aplicação dos recursos decorrentes do repasse foi realizada.

Embora a equipe técnica entenda o fato da ausência de detalhamento suficiente da destinação dos valores repassados, as falhas na prestação de contas e a ausência de interesse público no gasto com gravação do material de divulgação, há que se observar, que tais falhas não comprometeram a execução do objeto, sem que tenha ocorrido prejuízos à máquina pública e à sociedade, que foi beneficiada com a realização da festa carnavalesca.

Nas circunstâncias analisadas, portanto, há de se mitigar a responsabilidade do agente, quando sua conduta, no caso concreto, não poderia ser outra, ante um Plano de Trabalho não detalhado e a impossibilidade de sua reformulação pelo exíguo prazo que contava, o que caracteriza uma excludente de culpabilidade em razão de inexigibilidade de conduta diversa.

Também em razão do reduzido prazo temporal entre a realização do evento (dias 05, 06 e 07 de fevereiro) e o repasse efetuado, há de se interpretar as cláusulas do Convênio e de todas as demais circunstâncias que envolvem o caso concreto sob a ótica dos princípios que regem o Direito Administrativo, especificamente os da proporcionalidade e razoabilidade, considerando o empenho e liquidação da despesa, bem como a autorização de pagamento, que ocorreram na véspera do



evento carnavalesco, o que reduz a possibilidade de acerto na prestação de contas apresentada pelo recebedor do recurso e do fiscal, assessor que analisou a prestação de contas do referido convênio.

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 estímulo à cultura, evidenciando que a realização do evento carnavalesco só foi possível a partir da ação do gestor.

Não obstante, em que pesem os aspectos suscitados, sob a ótica do mencionado dispositivo da LINDB, não se pode desconsiderar a manutenção de irregularidades, ainda que de aspecto formal, decorrentes dos convênios em discussão, razão pela qual resta indissociável a imputação de multa ao gestor, diante da reprovabilidade de sua conduta, fixada em R\$ 3.000,00, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621/12, conforme a graduação prevista no art. 389, inciso II, do RITCEES.

#### **V.2. Da análise de conduta do responsável, Sr. Alvarez Marchito de Siqueira Filho, conforme preceitua o art. 28 da LINDB.**

As irregularidades atribuídas aos atos praticados pelo responsável são: **IV.2.2 – Apresentação irregular da prestação de contas; IV.2.3 – Ausência de interesse público e de interesse comum no objeto conveniado.**

Afasto, ainda, a responsabilidade do assessor técnico, Sr. Alvarez Marchito de Siqueira Filho, porque analisou e aprovou a prestação de contas apresentada pela Liga diante dos termos definidos no convênio, uma vez que não se poderia exigir dele conduta diversa a ser adotada no caso em exame, o que configura uma excludente de sua responsabilização.

**V.3. Da análise de conduta do responsável, Liga Espiritosantense das Escolas de Samba, representado pelo Sr. Rogério Sarmiento (Presidente da LIESES), conforme preceitua o art. 28 da LINDB.**

As irregularidades atribuídas aos atos praticados pelo responsável são: **IV.2.2 – Apresentação irregular da prestação de contas; IV.2.3 – Ausência de interesse público e de interesse comum no objeto conveniado.**

Afasto, contudo, a responsabilização solidária dos terceiros apontados como envolvidos – Liga Espiritosantense das Escolas de Samba (Conveniente) e Sr. Rogério Sarmiento (Presidente da LIESES), que decorre de cometimento de dano ao erário, na hipótese de ter auferido suposto proveito econômico, o que não foi confirmado na hipótese vertida nestes autos.

## **VI – DAS CONSEQUÊNCIAS DA DECISÃO**

Importante ressaltar a necessidade da administração pública em indicar de maneira detalhada a destinação dos gastos a serem realizados com recursos públicos repassados por meio de convênios, evitando-se, assim, a ocorrência da uma aplicação inadequada, além de uma prestação de contas deficitária e eventual dano aos cofres públicos.

Foi observada ainda, a falta de precisão na realização da prestação de contas referente aos convênios em análise, por inobservância a aspectos formais importantes, em ofensa à legislação afim, o que não se pode admitir.

Dessa forma, **determino** à atual gestão da Prefeitura Municipal de Vitória, que nos próximos eventos culturais, em especial, a produção do Carnaval de Vitória, **especifique no Plano de Trabalho todas as despesas a serem realizadas com a verba patrocinada**, bem como **realize o convênio e o respectivo repasse da verba em tempo hábil** à execução destas despesas por parte da Associação conveniada e agremiações participantes, privilegiando os princípios do planejamento e da transparência que devem respaldar as despesas públicas.

## 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-883/2021 – 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. Acolher parcialmente** as razões de defesa apresentadas pelo **Sr. Leonardo Caetano Krohling**, então Secretário Municipal de Turismo, Trabalho e Renda do Município de Vitória, nos termos do art. 207, §3º do RITCEES, em razão do afastamento do ressarcimento imputado, aplicando-lhe **MULTA** em razão da manutenção das irregularidades formais dispostas nos itens 2.1 e 2.2 da ITC 6018/2017, abaixo descritas, no valor equivalente de **R\$ 3.000,00**, nos termos do art. 135, inciso II, da Lei Complementar 621/12, conforme a graduação prevista no art. 389, inciso II, do RITCEES, na forma da fundamentação constante do item IV.2:

**1.1.1. Celebração de convênio contendo plano de trabalho sem o devido detalhamento dos itens 01 e 02 do plano de aplicação;**

**1.1.2. Apresentação irregular da prestação de contas;**

**1.2. Acolher** as razões de defesa apresentadas pela **Liga Espiritosantense das Escolas de Samba** e seu representante legal, **Sr. Rogério Sarmento**, afastando-lhes o ressarcimento e a aplicação de multa, na forma da fundamentação constante do item IV.2;

**1.3. Acolher** as razões de defesa apresentadas pelo **Sr. Alvarez Marchito de Siqueira Filho**, então Assessor Técnico da Prefeitura Municipal de Vitória,

afastando-lhe o ressarcimento e a aplicação de multa, na forma da fundamentação constante do item IV.2;

**1.4. Determinar**, com fulcro no art. 207, IV, da Resolução 261/2013, à atual gestão da Prefeitura Municipal de Vitória, que nos próximos eventos culturais, em especial, a produção do Carnaval de Vitória, **especifique no Plano de Trabalho todas as despesas a serem realizadas com a verba patrocinada**, bem como **realize o convênio e o respectivo repasse da verba em tempo hábil** à execução destas despesas por parte da Associação conveniada e agremiações participantes, privilegiando os princípios do planejamento e da transparência que devem respaldar as despesas públicas;

**1.5. Cientificar** os interessados da presente decisão;

**1.6. Arquivar** após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 15/07/2021 - 36ª 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.

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

**Presidente**

CONSELHEIRO 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 LUCIANO VIEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-geral das Sessões**