



Acórdão 00958/2021-3 - Plenário

Processos: 12167/2019-9, 15205/2019-6, 11980/2019-4, 09103/2019-1, 08044/2014-4

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMDM - Prefeitura Municipal de Domingos Martins

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: MARILENE JAHRING, SYLVIA REGINA RANGEL DE JESUS, ARNALDO JOSE CARDOZO, PEDRINHO RAUL HOPPE, MAIS EVENTOS LTDA, CLAUDIA FERREIRA DE FARIA, WANZETE KRUGER, PRISCILA PIMENTEL COUTINHO, JOSE FRANCISCO PIMENTEL, ROSELI GONORING HEHR, EUVALDO SCHNEIDER VELTEN, GILVAN DEGEN, FILIPE KIEFER PERES, FRANVA ANTONIO SILVA CARDOSO, WELLINGTON BLEIDORN, LUIZ CARLOS PREZOTI ROCHA, MUNICIPIO DE DOMINGOS MARTINS, GENAINA FERREIRA DE VASCONCELLOS

Recorrente: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO DO ESPIRITO SANTO

Procuradores: ANDRE PIMENTEL COUTINHO (OAB: 21305-ES), GUSTAVO GIUBERTI LARANJA (OAB: 10619-ES), VINICIUS JOSE LOPES COUTINHO (OAB: 4944-ES), ELIFAS MOURA DE MIRANDA JUNIOR (OAB: 10236-ES), OCTAVIO LUIZ GUIMARAES (OAB: 6798-ES), BRUNO RIBEIRO DE CARVALHO (OAB: 9722-ES), EDUARDO SANTOS SARLO (OAB: 11096-ES), GLAUCO BARBOSA DOS REIS (OAB: 13058-ES), LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS (OAB: 21748-ES), MARIANA GUIMARAES FONSECA GIANORDOLI (OAB: 12515-ES), RICARDO CLAUDINO PESSANHA (OAB: 10406-ES, OAB: 181289-RJ)

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - PREFEITURA MUNICIPAL DE DOMINGOS MARTINS - DAR PROVIMENTO – REFORMAR ACÓRDÃO TC 317/2019 – PRIMEIRA CÂMARA (PROCESSO TC 8044/2014) – AFASTAR RESPONSABILIDADE DOS PARECERISTASS JURÍDICOS – AUSÊNCIA DE DOLO - ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Reconsideração, interposto pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Espírito Santo, na condição de assistente simples,

em favor de seus filiados Srs. José Francisco Pimentel, Priscila Pimentel Coutinho, Filipe Kiefer Peres e Pedrinho Raul Hoppe, tendo em vista o Acórdão TC 317/2019 – Primeira Câmara, proferido nos autos do Processo TC 8044/2014, que julgou as contas convertidas irregulares e condenou-os a ressarcimentos de valores, além de aplicar-lhes multas.

Recebidos os autos, encaminhei-os à área técnica para análise recursal, ocasião em que houve o exame da sua processabilidade.

Ao após, seguiram para apreciação e instrução pelo NRC - Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, o qual se manifestou através da Instrução Técnica de Recurso de n. 24-2020.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas elaborou o Parecer Ministerial n. 2140-2020, da lavra do Dr. Heron de Oliveira, pugnano pelo conhecimento e não provimento do respectivo recurso.

Por fim, vieram os autos a este Gabinete para elaboração de Voto.

É o relatório.

2. ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, verifica-se que a parte é capaz e possui legitimidade processual.

No que toca a este aspecto, acolho a manifestação da área técnica versada na Instrução Técnica de Recurso (ITR) nº 24/2020.

2.1 Conhecimento prorrogado de recursos

Conforme se extrai das informações contidas nos autos, verifica-se que o Processo TC 15205/2019 já tratou de recurso de reconsideração interposto **apenas pelo Sr. Filipe Kiefer Peres**, que também foi beneficiado com a assistência da OAB neste processo.

Verifica-se, portanto, que relativamente ao Processo TC 15205/2019, as razões recursais interpostas pelo Sr. Filipe Kiefer Peres foram analisadas de forma exauriente, tendo o julgamento concluído, inclusive, pelo seu provimento. As matérias versadas em um e outro são idênticas.

Em vista de tais considerações, entendi por bem **não conhecer o recurso apenas em relação ao Sr. Filipe Kiefer Peres.**

Assim sendo, prossigo com o exame do presente recurso em relação aos Srs. José Francisco Pimentel, Priscila Pimentel Coutinho e Pedrinho Raul Hoppe.

3. ANÁLISE DAS RAZÕES DE RECURSO

3.1 PRELIMINARES

a) Ilegitimidade passiva

A recorrente apresenta questão preliminar de ilegitimidade passiva apontando que a responsabilização do assessor jurídico parecerista se constitui em grave afronta ao art. 5º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Espírito Santo.

Em síntese, invoca a existência de inúmeras jurisprudências que afirmam que o advogado somente poderia ser responsabilizado quando comprovada em sua conduta profissional a presença de dolo ou culpa, responsabilizando-se somente pelos danos causados se forem decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa.

Pois bem.

Em sede de análise, verifico que não assiste razão aos recorrentes uma vez que há no caso em tela nexos de causalidade evidente entre a ocorrência das irregularidades descritas e a atribuição de suposta responsabilização.

Digo isto pois, em que pese a tentativa da manifestante de afastar as responsabilidades de forma preliminar, é de se observar que a verificação da ocorrência da legitimidade *ad causam* se dá de maneira perfunctória, isto é, superficialmente.

As hipóteses de erro grosseiro, culpa ou dolo só podem ser verificadas na análise do mérito, o que não é cabível neste momento.

Assim sendo, entendo que a recorrente não conseguiu afastar, de pronto, a ilegitimidade das partes, pois há circunstâncias descritas no próprio regramento que preveem a possibilidade de que o procurador parecerista venha a ser

responsabilizado, fato que demanda, no presente momento, a necessidade de instrução probatória para a sua verificação, motivo pelo qual **AFASTO a preliminar de ilegitimidade passiva**.

Superada esta premissa, passo então a análise do mérito.

3.2 MÉRITO

III. 2 Contratação de apresentação artística por meio de intermediário

RESPONSÁVEL: PRISCILA PIMENTEL COUTINHO (PROCURADORA MUNICIPAL). PROCESSO 8044/2014

No mérito, extrai-se das informações contidas nos autos que a recorrente teria sido condenada por ato irregular ao se manifestar em procedimento licitatório de contratação direta, por inexigibilidade, para apresentação artística por meio de intermediário, infringindo, especialmente o art. 25, III, da Lei 8666/93.

Neste aspecto, defende a recorrente que o parecer seria mero instrumento de opinião, não possuindo efeito vinculante, expondo uma opinião jurídica sem uma prescrição normativa acerca de determinado tema.

Neste sentido, manifesta-se:

Ora, o procurador somente poderá ser responsabilizado quando for comprovadamente configurada em sua conduta profissional a presença de dolo ou culpa, responsabilizando-se somente pelos danos causados se forem decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa. Isto posto, a auditoria, com máxima vênica, reporta-se a responsabilidade da procuradora pública alegando que houve inobservância na forma de contratação de profissional do setor artístico, que deve ser realizado diretamente ou através de empresário exclusivo. Todavia, o próprio apontamento da Instrução Técnica Inicial, expressamente, demonstra que a empresa contratada apresentou declaração assinada pela própria artista, confirmando ter exclusividade na participação dela para realização do show. Como se observa nos seguintes termos:
(...)

Ocorre que, analisando o caso concreto, sequer se aventa a ocorrência de má-fé ou erro grosseiro da requerida, pois, a própria contratada, mediante documento que preenche todos os requisitos legais, formais e incontestáveis, confirma que a empresa intermediária a representava em tratativas negociais. Além do mais, a sua responsabilização é inviável, na hipótese dos autos, porque a instrução técnica inicial não faz qualquer menção à sua culpabilidade. Não sobeja lembrar, a propósito, que entre nós é requisito indispensável à responsabilização do agente imputado a efetiva demonstração de sua culpabilidade. Incide, pois, na espécie, a responsabilização subjetiva do agente imputado, justificada por José

Roberto Pimenta Oliveira a partir das seguintes considerações doutrinárias (...).

Não obstante, invoca-se o Princípio da Insignificância nas ocasiões de imprecisões meramente formais ocorridas em contratações públicas, neste caso, devem ser relevadas se não houver prejuízo, posto que é evidente a presença de boa-fé dos envolvidos, bem como a total ausência de dano, uma vez que a apresentação transcorreu na conformidade do pactuado.

No que tange a este ponto, a questão cinge-se em saber acerca noção de exclusividade que deve haver na relação entre o artista a ser contratado por inexigibilidade de licitação e seu empresário.

Instada a se manifestar, a equipe técnica entendeu por bem dar provimento ao recurso e afastar a presente irregularidade, manifestando-se nos seguintes termos:

A equipe de auditoria questiona o conceito de exclusividade, alegando que deve ser uma relação que se perpetue no tempo e que tenha abrangência geral por um território vasto. Assim, não poderia ser somente em um dia e em uma cidade ou evento.

A propósito da jurisprudência do TCE-ES, vê-se que é majoritariamente no sentido de que a exclusividade seja estabelecida por contrato com extensão temporal significativa, não sendo aceitável que seja apenas para os dias de um evento. Nesse sentido, vejam-se os acórdãos TC 463/2018 – Segunda Câmara, e TC 491/2018 – Plenário.

Há alguns casos em que o Tribunal afastou a irregularidade, mas fez determinação de que, no futuro, o procedimento fosse feito com um contrato duradouro entre o artista e o empresário, como no caso do Acórdão TC 983/2014 – Plenário.

Ponderamos, entretanto, que o conceito de exclusividade se aproxima das noções de unicidade e exclusão, ou seja, apenas um.

Exclusividade não é um conceito de perpetuidade ou vastidão territorial, mas de singularidade. Parece-nos que, quando a carta de exclusividade diz que “Tício é empresário exclusivo de Caio em Pompeia em 1º de abril de 79”, sabemos que, naquela data e naquele local, sem dúvida, o empresário é Tício, e não Flávio. Portanto, é exclusivo.

Nesta oportunidade, propomos uma nova reflexão sobre o significado de exclusividade, que vai de encontro ao que se pratica até o momento. Parece-nos mais fiel ao sentido da lei que a palavra seja interpretada literalmente, sem o acréscimo de ideias paralelas como as de tempo e dimensão geográfica.

Quanto a irregularidade acima aventada, entendo por bem tecer certas considerações antes de adentrarmos ao mérito.

De início, registro que o tema em apreço é controvertido e já foi objeto de intensos debates nesta própria Corte de Contas. Da mesma forma, se tem o conhecimento de que o assunto também já foi abordado em outros Tribunais de Contas Estaduais e da União, além de haver manifestações do próprio Poder Judiciário acerca de casos análogos.

A doutrina traça uma distinção entre a figura do “empresário exclusivo” e a do mero intermediário. Em verdade, aponta-se que enquanto o primeiro mantém com o artista uma relação estável e perene, este, simplesmente, se relaciona com o contratado ocasionalmente e para evento/data específico, razão pela qual sua ligação é efêmera, o que, em tese, não serviria para atender as exigências da legislação.

Também verifico que as conclusões oferecidas como suporte para uma decisão podem vacilar em um sentido ou em outro, havendo decisões mais restritivas - considerando a impossibilidade de contratação por meio do chamado “intermediário” - e decisões mais extensivas - admitindo a figura do “intermediário” ao lado do denominado “empresário exclusivo”.

Assim, destaco que a contratação de profissional do setor artístico é, talvez, um dos temas mais tormentosos tratados pela Lei Federal nº. 8.666/93, ante aos inúmeros questionamentos e vicissitudes que o cercam.

Em vista do cenário apresentado, trago à baila o entendimento sopesado no **Parecer Consulta 00015/2016**, emitido por esta Corte de Contas, que se manifestou nos seguintes termos:

PARECER CONSULTA

RESOLVEM os srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia dezesseis de agosto de dois mil e dezesseis, por maioria, preliminarmente, conhecer da Consulta e, no mérito, respondê-la nos termos do voto-vista do conselheiro Domingos Augusto Taufner, que encampou a OTC nº 18/2012, com base no art. 237, inciso I, do Regimento Interno, nos seguintes termos:

“(…)

Assim, entendemos que as chamadas cartas de exclusividade não atendem ao disposto no art. 25, III da Lei n. 8.666/93 para as contratações de shows artísticos por inexigibilidade de licitação.

Destarte, o procedimento para a contratação de shows artísticos por inexigibilidade de licitação obedece aos ditames do art. 26 da Lei n. 8.666/93. Ademais, o ajuste deve ser efetivado diretamente com o artista ou através de empresário exclusivo, sendo tal característica comprovada por cópia do contrato de exclusividade, registrado em cartório, não se prestando, para esse fim, as chamadas cartas de exclusividade.”

Ademais, trago outros casos sobre a contratação de artistas por meio de inexigibilidade de licitação e sem o cumprimento expresso da determinação legal de que seja com o próprio artista ou seu empresário exclusivo, que já foram enfrentados em outros casos nesta Corte.

Em consulta ao sistema de Jurisprudência do Tribunal, é possível depreender que **houve manifestação no sentido de não se aplicar penalidades** quando do julgamento dos **Processos TC 3472/2009, da relatoria do Conselheiro Rodrigo Chamoun e TC 5580/2012, da relatoria do Conselheiro Sergio Aboudib.**

Em seu voto, proferido nos autos do Processo TC 3472/2009, o **Conselheiro Sergio Aboudib** apresenta a seguinte conclusão:

Desta forma, as cartas apresentadas pela empresa Marino Promoções e Publicidade Ltda., apesar de não atender aos estritos termos que a lei exige para caracterizar a exclusividade do empresário, tal impropriedade não configura burla ao instituto da inexigibilidade, nem mesmo trouxe comprovado superfaturamento dos valores que possam ensejar prejuízo ao erário e que venha a macular a contratação por completo, sendo bastante, neste caso, uma determinação por parte desta Corte, para a correção desta inadequação nas futuras contratações.

O Conselheiro Rodrigo Chamoun, por sua vez, no voto proferido nos autos do Processo TC 5580/2012 apresenta a seguinte conclusão:

Como pude observar nos presentes autos, embora as cartas de exclusividade não estivessem adstritas aos estritos rigores da lei para caracterizar exclusividade do empresário, não foi configurada má-fé do gestor e nem mesmo tal ato configura ofensa à inexigibilidade da licitação. Por todo exposto, acompanho o entendimento deste Plenário no Processo TC 3472/2009 para afastar a irregularidade tratada neste item.

Neste momento, também chamo atenção para o ano em que fora proferida a decisão em consulta, qual seja, **no exercício de 2016.**

Os autos que tratam do processo em comento dizem respeito ao ano de 2013, isto é, em data anterior ao entendimento sopesado por este Tribunal, que teve em seu bojo a aplicação de efeitos prospectivos, ocasião em que entendo ser de suma importância trazer à baila também o que prescreve a Lei nº 13.655/2018 (LINDB), nos seguintes artigos:

art, 22, 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.**

§ 2º Na aplicação de sanções, **serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública**, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Em que pesem os entendimentos até aqui expostos, chamo atenção para a necessidade de realização de uma análise profunda do caso que ora se apresenta, adentrando, pois, naquilo que era costumeiramente praticado na época em que se deram os fatos, isso porque tanto o Parecer Consulta, quanto os demais Acórdãos e jurisprudências desta Corte mencionados neste Voto, **foram redigidos após a ocorrência dos fatos, isto é, possuem efeitos prospectivos.**

O que quero dizer é que o desenvolvimento de uma análise tão seca e fria da lei, simplesmente aplicando-a ao caso concreto, como parece propor o Ministério Público de Contas quando da elaboração do Parecer 2140-2020, sem levar em consideração a época dos fatos, não me parece razoável e tampouco justa.

Ademais, tão ato vai até mesmo de encontro ao que atualmente é orientado pela própria LINDB, senão vejamos:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado **levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.**

O que se verifica, portanto, é que há uma necessidade imperiosa de se analisar os fatos relativamente ao que era entendido como prática corriqueira da época.

Conforme preconiza o Prof. Jacintho Arruda Câmara, Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público, defende o dispositivo:

A norma fortalece a ideia de irretroatividade do direito em prejuízo de situações jurídicas perfeitas, **constituídas de boa-fé, em coerência com o ordenamento à época vigente. Visa dar segurança no longo prazo para situações jurídicas plenamente constituídas à luz de um entendimento geral válido. Para isso, estabelece que eventual revisão da validade de ato administrativo (leia-se: ato, contrato, ajuste, processo ou norma) deverá considerar o entendimento consolidado à época de sua produção.** O dispositivo dá amparo legal à racionalidade que deve estar presente em procedimentos de revisão de ato administrativo: a invalidação do ato por mudança de orientação não torna ilegal situação constituída na vigência da orientação anterior.

Fato é que, muito embora tenha sido pacificado o equívoco em se contratar com profissional exclusivo específico para uma determinada data, local e hora, é possível verificar a ocorrência deste tipo de arranjo contratual em uma centena de processos submetidos a este Tribunal (**Acórdão TC 189/2013, Acórdão TC 536/2014,**

Acórdão TC 504/2016, etc.-. Vê-se, deste modo, que a conduta era prática recorrente nas Municipalidades deste Estado, tendo sido a questão enfrentada por diversas vezes por estes Conselheiros.

Consideração, portanto, a ausência de conduta antijurídica levada a cabo pela responsável no sentido de prejudicar aquela Municipalidade, tendo sido apresentados os preços empenhados, seguindo a linha de raciocínio por mim já exarada em vários casos submetidos à esta Corte (Acórdão TC-504/2016, 776/2019 e processos TC nº. 6829/2012, 4824/2009, 6196/2010 e 5584/2010), acompanho o entendimento da área técnica, divergindo do Ministério Público de Contas e **afasto a irregularidade neste caso concreto.**

Destaco que devem ser feitas ressalvas a fim de alcançarmos o estrito cumprimento dos ditames legais. Diante disso, **deverá ser determinado** ao atual gestor do Município para que se atente nas futuras contratações de artistas por inexigibilidade de licitação sejam feitas diretamente com o artista ou com seu empresário exclusivo.

III. 3 Terceirização de atividade-fim da administração-pública, atribuída à competência de servidores públicos do órgão

RESPONSÁVEL: PRISCILA PIMENTEL COUTINHO; JOSÉ FRANCISCO PIMENTEL; PEDRINHO RAUL HOPPE; FILIPE KIEFER PERES (PROCURADORES MUNICIPAL). CONTRATO 102/2013 (item 3.6.1.1 da ITC).

RESPONSÁVEL: JOSÉ FRANCISCO PIMENTEL; PEDRINHO RAUL HOPPE; FILIPE KIEFER PERES PROCESSO. CONTRATO 073/2014 (item 3.6.1.2 da ITC). PROCESSO Nº 8044/2014.

Em síntese, verifica-se que a Instrução Técnica Inicial indicou que os pareceristas autorizaram a prorrogação de contrato de prestação de serviço, bem como a realização de uma nova licitação na modalidade Convite, que deu origem a um novo contrato de prestação de serviço, cujo objetos consistiam na prestação de serviço administrativos.

Assim sendo, afirmaram os técnicos que os objetos caracterizam atividade-fim da Administração Pública, isto é, serviços que integram o rol de atribuições finalísticas

que compõem a estrutura administrativa do ente municipal, cujas atribuições pertencem a cargos de provimento efetivo.

Os recorrentes aduzem no seguinte sentido:

A princípio é imprescindível realçar que o parecerista incumbe apenas em uma análise de cumprimento da lei. Assim, ao emitir parecer (que é exclusivamente uma peça essencial e meramente OPINATIVA), trabalha de acordo com seu conhecimento e convicções técnicas, que podem, eventualmente, serem diferentes de outros profissionais da própria área técnica, do MP e até mesmo dos Conselheiros. Neste caso, os requerentes adotaram a interpretação literal do artigo 67 da Lei 8.666/93, que expressamente garante a possibilidade da contratação de terceiros para assistir ou subsidiar a Administração Pública, fornecendo informações pertinentes à sua atribuição. Assim, torna-se plenamente justificável e compreensível a anuência por eles à contratação do serviço pela licitação, na qual a decisão final será exclusivamente do Administrador Público, já que o parecer não o vincula. Inclusive, há pronunciamento desta Nobre Corte de Contas eximindo a responsabilização do parecerista, ao qual lhe incumbe apenas uma análise de cumprimento de lei. Acerca do tema o Ministério Público Especial de Contas manifesta-se, através do Parecer nº 1403/2014, da lavra do Procurador Luiz Henrique Anastácio da Silva, em suma:

(...)

Pelo exposto, não se justifica, entre nós, a responsabilização dos procuradores pela tão-só circunstância de controladores, promotores e juízes discordarem de seus posicionamentos jurídicos; dada a absoluta necessidade de se demonstrar em concreto, que esse profissionais se preordenaram deliberadamente (portanto, mediante conduta dolosa) a contrariar o Direito (o que caracterizaria a sua má-fé) ou, pelo menos, que assim se manifestaram mediante culpa grave, que pressupõe a depressão de erro grosseiro, revelador de sua negligência, imperícia e/ou imprudência quando da formulação da interpretação jurídica questionada. Como esses elementos não foram sequer aventados no caso concreto, aplica-se a regra jurídica positivada no parágrafo único do art. 5º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 (cuja aplicação é impositiva do Tribunal de Contas, vez que inscrita em sua Lei Orgânica), que exclui de sua jurisdição as manifestações técnicas dos advogados públicos, dada a sua conotação de simples opinamentos jurídicos.

A equipe técnica através da Instrução Técnica de Recurso 24-2020, instada a se manifestar, opinou pelo provimento do recurso e afastamento das responsabilidades, manifestando-se no seguinte sentido:

A responsabilidade dos procuradores públicos pareceristas, a propósito do debate no item sobre ilegitimidade passiva, apenas se verifica em caso de erro grosseiro ou dolo. Se o parecerista sustenta tese diferente daquela do tribunal de contas mas, mesmo assim, é defensável, baseando-se em lições da doutrina e jurisprudência, não há que se falar em responsabilização do parecerista, ainda que o gestor possa vir a ser apenado. A responsabilidade do parecerista é mitigada em relação à do gestor. Se o gestor praticar ato irregular, ainda que lastreado em parecer, será punido (segundo a jurisprudência majoritária). Se o procurador emitir parecer que conduza à irregularidade, sendo tese razoável, não será punido.

Vejamos a jurisprudência do TCE-ES sobre a contratação terceirizada de serviços de engenharia. No sentido da irregularidade apontada, de que implica em apropriação das competências de servidores do órgão, temos: **[Administração pública. Concurso público. Engenheiro. Terceirização]** - ACÓRDÃO TC - 0799/2018 – PLENÁRIO.

(...)

Em sentido oposto, de que a terceirização é válida, tem-se que: **[Administração pública. Terceirização. Prestação de Serviços. Consultoria de engenharia]** - ACÓRDÃO – 220/2018 – PLENÁRIO

(...)

Perceba-se que, em certas circunstâncias, a jurisprudência do TCE-ES oscilou entre aceitar ou não a terceirização. As delicadas circunstâncias de caso concreto que acompanharam a fundamentação do julgado foram sutis e não se desvelam sem uma elevada dose de subjetividade. A incerteza sobre a questão leva-nos à crença de que a contratação em tela poderia ter pareceres em tal ou qual sentido sem que se pudesse duvidar da defensabilidade da manifestação.

Quer-se evitar, ao buscar uma tese defensável, que o procurador possa se basear apenas em opiniões pessoais ou idiossincrasias atécnicas. No caso concreto, as circunstâncias dúbias nos levam a considerar defensável a tese sustentada no parecer.

A propósito da contratação de assessoria contábil, verifica-se que a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo é muito inconstante. Alguns exemplos: Administração pública. Terceirização. Assessoria contábil. Atividade-fim] - ACÓRDÃO 1568/2018 – PLENÁRIO - Nesse caso, por maioria, o entendimento foi por afastar a irregularidade.

(...)

Mais recentemente, foi emitido parecer em consulta que afirma a necessidade de instituir uma estrutura de servidores públicos para o setor de contabilidade, permitindo-se, subsidiariamente, a contratação de assessoria para realizar atividades auxiliares e de apoio, como se vê:

[Administração pública. Terceirização. Atividade-fim. Serviço contábil]

PARECER EM CONSULTA 00019/2018

Trata-se de consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Ibitirama, Senhor Reginaldo Simão de Souza, questionando em que momento a Administração Pública pode **terceirizar** atividade relacionadas aos cargos considerados atividade-fim, como assessoria **contábil**, nos seguintes termos:

Considerando a Lei nº 13.429/2017, sancionada pelo Presidente da República na data de 31/03/2017, que permite a **terceirização** irrestrita no país, inclusive no serviço público das atividades-fim, consultamos: Em que momento a Administração Pública, estabelecida pela nova Lei nº 13.429/2017, de 31/03/2017, pode **terceirizar** atividades relacionadas aos cargos considerados atividade-fim, como por exemplo, empresa de assessoria **contábil**? (...)

IV.2. no mérito, RESPONDE-LA nos seguintes termos:

A Lei Federal nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, alterada pela Lei Federal nº 13.429, de 31 de março de 2017, não se aplica à Administração Pública, devendo sobre ela incidir as previsões do artigo 37, II e XXI, da Constituição Federal, devendo as entidades municipais da administração direta e indireta jurisdicionadas estruturar, mínima e suficientemente, um quadro de servidores públicos, remunerado adequadamente à realidade local, com o quantitativo de cargos efetivos necessários para o desempenho das atividades de natureza **contábil**, admitindo-se a possibilidade de a direção da unidade **contábil** responsável pelo planejamento, coordenação e supervisão ser exercida por servidor sem vínculo efetivo, desde que devidamente habilitado e em situação de regularidade perante o Conselho Regional de **Contabilidade**,

exceto quando na unidade estiver lotado apenas um servidor efetivo, situação em que, necessariamente, o encargo deverá recair sobre ele. Tais exigências, contudo, não afastam a possibilidade de que as atividades auxiliares e de apoio aos serviços contábeis sejam desempenhadas por outros servidores, bem como por profissionais ou empresa de assessoria ou consultoria **contábil**, quando necessária e justificada, sobretudo quanto à avaliação de custo-benefício da decisão, desde que precedida de regular procedimento licitatório; (...).

Desse modo, tem-se que a jurisprudência da Corte, há anos, é pendular. Não se pode asseverar, peremptoriamente, que deve ser de tal ou qual maneira, com base nos precedentes.

Assim sendo, consideramos o parecer jurídico compatível com uma das correntes jurisprudenciais, sendo sua tese, favorável à contratação, perfeitamente defensável perante o Tribunal de Contas.

Neste processo, não se discute a contratação ou não de assessoria contábil, mas a defensabilidade do parecer, o que ficou claro, a nosso sentir.

Pois bem.

De todo o exposto, advirto desde já que o parecerista jurídico pode adotar tese contrária, desde que esta seja defensável.

Neste sentido, transcrevo trecho do Acórdão nº 1591/2011 – Plenário do TCU, vejamos:

Não vejo, portanto, como acolher os argumentos dos Srs.(...) a respeito da validade de promover-se a contratação direta da Cobra Tecnologia S.A., na hipótese, com fundamento no inc. XVI do art. 24 da Lei 8.666/93. **Contudo, o aspecto de tratar-se da emissão de parecer jurídico precisa ser levado em consideração.**

Dentro desse quadro, **verifico que a manifestação dos consultores jurídicos, ao tratar da viabilidade de contratação direta da Cobra Tecnologia S.A., escudou-se em pronunciamentos doutrinários (vide fls. 191, anexo 1), posicionamento que, ainda que não coincida com o entendimento desta Corte acerca da matéria e seja amparado por minoria de doutrinadores, não deixa de corresponder a interpretação de disposições legais.** Além disso, pode-se constatar que o parecer em questão, **ainda que defendendo posicionamento em outro sentido, expressamente admitiu a existência de divergências na interpretação da matéria e indicou qual a compreensão desta Corte de Contas a respeito do tema** (vide §§ 14 e 15, fls. 191, anexo 1). Diante, então, do entendimento manifestado pelo STF em face do MS 24.073-3-DF, no sentido de que o advogado somente será responsabilizado em caso de erro grave inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo, e por também não identificar, na hipótese, a mesma situação configurada no MS 24.584-1-DF, também apreciado pelo STF, não vislumbro, na hipótese, elementos suficientes para, nestes autos, apenar os Srs. (...). Posiciono-me, portanto, por não acolher suas justificativas em face da audiência determinada por força do Despacho de 10/4/2006, deixando de aplicar a pena correspondente em face da mencionada jurisprudência do STF.

No que tange a matéria, conforme bem registrado pela equipe técnica através da Instrução Técnica de Recurso 24-2020, a jurisprudência desta Corte de Contas é bastante inconstante.

Para tanto, mencionam os auditores a existência dos seguintes julgados: **Administração pública. Terceirização. Prestação de Serviços. Consultoria de engenharia]** - ACÓRDÃO – 220/2018 – PLENÁRIO; Administração pública. Terceirização. Assessoria contábil. Atividade-fim] - ACÓRDÃO 1568/2018 – PLENÁRIO, ocasião em que se entendeu pelo **afastamento da irregularidade**.

Lado outro, citam o **ACÓRDÃO TC-1178/2014 – PLENÁRIO**, que trata de uma auditoria ordinária realizada na Prefeitura de Jaguaré, em cumprimento ao Plano e Programa de Auditoria Ordinária nº 147/2010, referente ao exercício de 2009, cujo responsável é o senhor (...) – Prefeito à época.

Neste caso, entendeu-se à unanimidade, por **manter a irregularidade de terceirização de atividade-fim pela contratação de serviços contábeis**.

Informam, por fim, que recentemente foi emitido um **Parecer em Consulta** por esta Corte de Contas (**Parecer em Consulta 00019/2018**), em que se afirma a necessidade de instituir uma estrutura de servidores públicos para o setor de contabilidade, **permitindo-se, subsidiariamente, a contratação de assessoria para realizar atividades auxiliares e de apoio**.

Nota-se, do exposto, que a hipótese de responsabilização do parecerista jurídico deve ser avaliada considerando um espectro de cenários, a saber: flagrante ilegalidade contida no parecer, afastamento de qualquer prevalência de mero erro de avaliação ou de omissão escusável, presença de erro grosseiro, dolo ou culpa.

Neste sentido, menciono trecho do Acórdão n.º 512/2003 – Plenário do TCU:

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com grave erro, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a concretização do dano ao Erário. Assim, sempre que o parecer jurídico pugnar desarrazoadamente pelo cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, num contexto em que a fraude se apresente irretorquível, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício

profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

Na adequação do presente caso aos entendimentos expostos, e mais especificamente quanto a possibilidade de se terceirizar atividade contábil, é de se notar que este próprio Tribunal possuía entendimento inconstante.

As peculiaridades em torno dos autos deixam claro que a atuação dos responsáveis não se deu dolosamente, nem tampouco de forma desarrazoada.

Entendo, portanto, que a presente argumentação, conjuntamente com as teses defendidas na peça recursal foram providas de fundamentação razoável, ausente qualquer conduta no intuito de causar dano ao erário.

Neste sentido, extrai-se do teor do Acórdão nº 798/2008 – 1ª Câmara, TCU, o seguinte entendimento:

É a partir da jurisprudência desta Corte que, como já dito, entendesse afastável a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos, se demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, se apresentada argumentação provida de devida fundamentação e se defendida tese aceitável na doutrina ou jurisprudência, ainda que considerada equivocada. Assim, se o parecerista, em resumo, apresenta apenas o entendimento adotado, torna-se co-responsável por decisão tomada em sua linha. Tal não é caso. **Embora observe-se que a parecerista não tenha valido da ampla jurisprudência deste TCU a respeito do tema, (...), ainda assim entende-se que a Sra. (...) logrou satisfazer o condicionamento imposto, demonstrando aos gestores a existência de questões jurídicas relevantes sobre o enquadramento pretendido, o que tornou o Presidente do CRA/ RJ apto a depreender o enquadramento jurídico da situação consultada.** Conclui-se, portanto, que deva a parecerista, neste caso concreto, ter suas contra-razões acolhidas por este Tribunal.

Em vista dos fatos acima mencionados, **acolho as razões da recorrente**, reformando o Acórdão TC 317/2019 – Primeira Câmara, proferido nos autos do Processo TC 8044/2014, afastando a irregularidade.

Ante o exposto, corroborando com o entendimento da área técnica e discordando do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-958/2021 – PLENÁRIO

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

1.1. CONHECER do presente Recurso de Reconsideração, **SOMENTE** em relação aos **Srs. José Francisco Pimentel, Priscila Pimentel Coutinho e Pedrinho Raul Hoppe**, nos termos deste voto;

1.2. NÃO CONHECER do presente Recurso de Reconsideração, **SOMENTE** em relação ao **Sr. Filipe Kiefer Peres**, pois já foi analisado no Processo TC 15205/2019, nos termos deste Voto;

1.3. AFASTAR a preliminar de ilegitimidade passiva, nos termos deste voto;

1.4. DAR PROVIMENTO ao recurso, **REFORMANDO** o Acórdão TC 317/2019 – Primeira Câmara, proferido nos autos do Processo TC 8044/2014, julgando **REGULARES** as contas especiais dos Srs. José Francisco Pimentel, Priscila Pimentel Coutinho e Pedrinho Raul Hoppe, afastando suas responsabilidades, nos termos deste Voto;

1.5. Dar ciência aos interessados;

1.6. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 05/08/2021 - 40ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (vice-presidente no exercício da presidência), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheira Substituta: Marcia Jaccoud Freitas (em substituição).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Vice-presidente no exercício da presidência

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões