



Acórdão 01081/2021-1 - Plenário

Processos: 01006/2021-9, 09080/2017-7, 08560/2017-1

Classificação: Pedido de Reexame

UGs: PMS - Prefeitura Municipal de Serra, SEOB - Secretaria Municipal de Obras de Serra

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: VITORIALUZ CONSTRUCOES LTDA, JOAO CARLOS MENESES, JEFFERSON ZANDONADI, CARLOS AUGUSTO LORENZONI

Recorrente: WALTER LUIZ CARDOSO, Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procuradores: NATALIA FIOROT CORADINI (OAB: 17690-ES), RHAYZA FRANCA RODRIGUES DE SOUSA (OAB: 20351-ES), SARA VIEIRA BRANDAO (OAB: 29853-ES), STEPHANNIE VANESSA DE LIMA ALVARENGA RAMOS (OAB: 25010-ES), TATIANA PETERLE DANGELO MOTTA (OAB: 17475-ES), TIAGO ROCON ZANETTI (OAB: 13753-ES, OAB: 370452-SP), ZANETTI ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ: 09.390.438/0001-06), PABLO DE ANDRADE RODRIGUES (OAB: 10300-ES), ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES), FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES)

PEDIDO DE REEXAME – PREFEITURA MUNICIPAL DE SERRA – CONHECER – NEGAR PROVIMENTO – RECOMENDAR – DAR CIÊNCIA AOS INTERESSADOS – ARQUIVAR.

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

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, por intermédio do procurador Luciano Vieira, em face do Acórdão TC-1486/2020-5, proferido nos autos do Processo TC 9080/2017-7, cuja parte dispositiva teve a seguinte redação:

1. ACÓRDÃO TC-1486/2020-5

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

1.1. RATIFICAR O CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO, na forma da Decisão 00234/2019-7 (Evento 076), ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade insculpidos no art. 94, *caput*, e incisos I a IV, c/c art. 99, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), bem assim na forma do art. 181 e 182, do RITCEES, nos termos da Decisão 03892/2019-1;

1.2. CONSIDERAR PROCEDENTE a Representação, na forma prescrita no art. 99, §2º e art. 95, inciso II, ambos da Lei Orgânica deste TCEES, c/c o disposto no art. 182, parágrafo único e art. 178, inciso II, todos do RITCEES, considerando a manutenção da irregularidade.

1.3. ACOLHER AS ALEGAÇÕES DE DEFESA do Sr. Jefferson Zandonadi, Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Obras e Serviços, para considerar regular sua conduta e afastar a responsabilidade em face da impropriedade constatada neste feito, resultando, em face dele, no arquivamento do processo, na forma estabelecida no art. 330, §1º, do RITCEES.

1.4. DEIXAR de aplicar sanção pecuniária aos demais agentes responsáveis, diante do preceituado no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

1.5. EXPEDIR DETERMINAÇÃO à Prefeitura Municipal da Serra no sentido de inserir as medições faltantes no sistema Geo-Obras e que a Administração, caso opte por prorrogar o contrato vigente, comprove técnica e financeiramente, a vantajosidade dos contratos em tela, inclusive, reavalie a importância da instalação dos transceptores que exigiu na qualificação técnica, e se for o caso, instalá-los, cabendo o monitoramento à Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX.

1.6- DAR CIÊNCIA aos responsáveis e à Representante;

1.7. REMETER os autos ao Ministério Público de Contas, para acompanhar a execução da multa;

1.8. ARQUIVAR os presentes autos, bem como o PROCESSO 8560/2017, em apenso, que trata do mesmo objeto, na forma do art. 330, inciso I, e §1º, do Regimento Interno deste Tribunal.

2. Unânime

Por meio da Decisão Monocrática DECM 209/2021-1 foi determinada a notificação dos responsáveis para, querendo, apresentassem contrarrazões.

Devidamente notificados, os recorridos apresentaram suas contrarrazões tempestivamente.

Encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas NRC, foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 226/2021-4, propondo o conhecimento e provimento do recurso, entendimento este que foi corroborado pelo Ministério Público de Contas, por intermédio do Parecer 3771/2021-9.

Após, vieram os autos conclusos.

É o breve relatório.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

À luz dos arts. 395, 396 e 408 da Resolução TC 261/2013, bem como de outras normas jurídicas referentes à admissibilidade recursal, depreende-se que a análise dos pressupostos recursais passa pela verificação, no caso concreto, da tempestividade, da capacidade da parte, do interesse recursal, da legitimidade processual, da regularidade formal, do cabimento do recurso, bem como da inexistência de fato impeditivo ou extintivo da faculdade de recorrer.

No presente caso, em consonância com a análise empreendida na ITR 61/2021-1 verifico o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve o recurso interposto ser conhecido.

2.2. DO MÉRITO RECURSAL

Da análise dos autos, verifico que o Ministério Público de Contas, por meio do recurso interposto, aponta a ocorrência de possível *error in iudicando* no Acórdão TC-1486/2020-5, sob a alegação fundamental de que, diante da procedência da Representação, com a manutenção da irregularidade descrita no item “*da exigência restritiva no atestado de capacidade técnica*”, deveria o colegiado ter aplicado a sanção pecuniária prevista no art. 135 da LC 62/2012 em desfavor de ambos os recorridos.

Fato é que no referido Acórdão entendeu por bem o órgão julgador manter a irregularidade em relação aos responsáveis, deixando de aplicar, todavia, a multa pecuniária cabível em conformidade com autorização legal e regimental, por interpretar, à luz do art. 28 da LINDB, não ter havido dolo ou erro grosseiro capazes de justificar a condenação.

Evidente, portanto, que a controvérsia deduzida no caso em comento situa-se tão somente na caracterização ou não do erro grosseiro diante dos atos supostamente irregulares imputados aos responsáveis, vale dizer, na reavaliação do juízo de culpa

oferecido, haja vista que o Acórdão recorrido não diverge do entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas no que tange à manutenção da irregularidade lá tratada.

Entretanto, antes mesmo de adentrar à análise dos pedidos feitos pelo *Parquet* de Contas em sua peça recursal, necessária se faz a fixação de algumas premissas e definições fundamentais a respeito do que viria ser o erro grosseiro e de suas particularidades no contexto da realização do juízo de culpa.

Comumente, no campo da responsabilidade civil, tem-se entendido o erro grosseiro como culpa grave, o que significa dizer que o erro grosseiro ocorre quando o agente pratica o ato com negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave.

Mais especificamente na esfera do direito administrativo-sancionador, a culpa grave, para além das questões de natureza meramente indenizatória, próprias do direito civil, tem sido estudada e aplicada à luz do juízo de reprovabilidade da conduta, típica do estudo do direito penal.

Isso ocorre justamente pelo fato de que, assim como na seara penal, nas atividades de controle externo, a aferição da culpa sob o viés da reprovabilidade da conduta repercute diretamente na confirmação e na dosimetria das sanções cabíveis no campo da responsabilidade administrativo-financeira.

Nesse contexto, para a avaliação da gravidade da culpa, o critério empregado é o denominado “dever de cuidado objetivo”, segundo o qual age com culpa quem não observa o dever de cuidado objetivo inerente à norma legal aplicável à conduta praticada e, por exemplo, assume um risco que, se tivesse observado o cuidado objetivo, não assumiria¹.

Aliás, no que diz respeito à aferição de eventual ocorrência de erro grosseiro na esfera da administração pública, entende-se que o dever de cuidado objetivo incide como elemento de responsabilidade não sobre a figura de um “homem médio”, entendido como aquele que é diligente e cuidadoso em suas condutas, mas sobre o que se convencionou chamar de “homem médio administrativo” ou “gestor médio” —,

¹ CAVALLARI, Odilon. O que é o erro grosseiro da LINDB?. Disponível em: <https://antcbrasil.org.br/comunicacao/artigos/847-artigo-o-que-e-o-erro-grosseiro-da-lindb-por-odilon-cavallari>.

que é medida “[...] pelo que ordinariamente acontece, não pelo extraordinariamente possa ocorrer²”.

Sobre o tema, ainda, é de importante registro o entendimento firmado no Acórdão 2.391/2018-Plenário, do Tribunal de Contas da União, proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, no qual restou consignado que a definição de erro leve e grave (já após o advento da lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), definiu o erro grave ou grosseiro (art. 28 da referida lei), conforme a nomenclatura legal adotada na aludida legislação, como aquele “[...] que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.”

Compulsando os autos, à luz das premissas acima citadas, verifico que apesar da manutenção da irregularidade no Acórdão TC-1486/2020-5, questão essa que se tornou incontroversa, haja vista não ter sido objeto de recurso pelos interessados, não é possível afirmar que os recorridos tenham agido com dolo ou culpa grave no cometimento da irregularidade mantida no Acórdão combatido.

Da leitura da peça recursal, bem como das contrarrazões de recurso apresentadas, constata-se que a vedação da exigência de atestado de capacidade técnica nos respectivos editais de licitação não era elemento pacífico nem mesmo no âmbito da área técnica deste Tribunal de Contas.

Em processo com tema idêntico (processo TC 3260/2017), inclusive referente ao município de Serra, pronunciou-se a área técnica de modo distinto em duas oportunidades, por meio da Manifestação Técnica 1231/2017-9 e da Instrução Técnica Conclusiva 4298/2020-8, primeiramente no sentido de que tal exigência comprobatória seria regular desde que atendidos os parâmetros fixados em alguns julgados do Tribunal de Contas da União – TCU, citados naquela manifestação, apontando porcentagens aceitáveis para a caracterização do item como sendo de maior relevância técnica, bem como a significância do valor do objeto a ser contratado; e, posteriormente, na ITC, indicando a irregularidade da exigência,

² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

assinalando a inexistência de complexidade técnica, nem ser a instalação de módulos transceptores remotos parcela economicamente relevante a ponto de justificar a exigência de apresentação pelos licitantes de atestados de capacidade técnica.

Evidentemente, a verificação desta divergência guarda relevância no caso concreto, uma vez que demonstra a encruzilhada procedimental a qual estavam submetidos os gestores, resultando em dúvida acerca de qual posicionamento deveriam adotar.

Abaixo cito trecho da referida Manifestação Técnica:

[...]

2.2. DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Referente à denúncia de exigência de qualificação técnica restritiva: Exigência de certidão de acervo técnico expedida pelo CREA ou CAU, que comprove a execução do serviço de instalação de módulo transceptor remoto (item com valor equivalente a 5,09% de todo o objeto a ser contratado).

Importa ressaltar que o tema da exigência de comprovação da capacidade técnica-operacional se encontra um tanto pacificada na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, sendo considerada legal sua exigência no edital, “[...] desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto a ser contratado [...]”³.

Contudo, não se identifica pacificado qual valor do objeto que pode ser considerado significativo. Sobre o tema, identifica-se a existência da Portaria DNIT nº 108 de 01/02/2008 que preconiza em seu artigo 2º a menção de serem entendidos como itens de maior relevância aqueles que possuam valor igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor do objeto licitado⁴.

Ainda sobre o tema encontramos dentre os julgados do TCU o acórdão nº 170/2007⁵ –

³ SÚMULA Nº 263 – TCU - Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

⁴ Portaria DNIT nº 108 de 01/02/2008

O DIRETOR-GERAL DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES-DNIT, no uso das atribuições que lhe conferem, o art. 21, incisos II e IV, e § 1º, da Estrutura Regimental aprovada pelo Decreto nº 5.765, de 27 de abril de 2006, publicada no DOU de 28.04.2006, com fundamento nas disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações posteriores, tendo em vista o constante no Processo nº 50600.011470/2007-92,

Considerando determinações do Ministério dos Transportes, por meio da Instrução Normativa nº 01, de 4 de outubro de 2007, e do egrégio Tribunal de Contas no que diz respeito aos procedimentos e exigências a serem adotados quanto às capacitações técnicas previstas nos editais de licitação, resolve:

Art. 1º Determinar que a exigência de Capacitação Técnica se restrinja aos itens de maior relevância técnica e financeira contidos no objeto a ser licitado em número máximo de 8 (oito) e não superior a 50% (cinquenta por cento) das quantidades licitadas para o serviço específico.

Art. 2º Os itens de maior relevância são entendidos como aqueles que constem do objeto licitado em valor igual ou superior a 4% (quatro por cento). [...] [G.N.]

⁵ Ementa: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS: COMPROVAÇÃO

Plenário, que julga não poder ser considerados como parcela de maior relevância itens que representam 2,93% do valor total licitado. Haja vista, extrair-se do texto da decisão o seguinte:

13. O primeiro questionamento feito pela representante diz respeito à participação, no valor total da obra, de 3 (três) das 6 (seis) parcelas de maior relevância fixadas no edital, que corresponderiam a apenas 2% do custo total estimado da obra. Este ponto não foi enfrentado nem pelos responsáveis nem pela empresa Volume.

14. A tabela a seguir apresenta as parcelas de maior relevância fixadas no edital e o custo total de cada uma constante da planilha de orçamento (fls. 94, 97 e 106, anexo 1, v. 1):

[...]

15. Observa-se que o custo das parcelas de maior relevância fixadas no edital da Concorrência nº 04/06 monta a R\$ 60.898,06, **o que representa apenas 2,93%** do custo total estimado das obras de reforma e ampliação do Hospital Municipal de Magé. **Não podem, destarte, ser consideradas parcelas de relevância técnica e de valor significativo, como exige a Lei de Licitações e Contratos em seu art. 30, I e § 2º:** [G.N.]⁶

Em outra oportunidade, o TCU considerou indevida a exigência de comprovação de serviço que representa apenas 3,8% do total do objeto licitado, como segue:

3. Veja-se que a exigência de que fosse apresentada comprovação de habilitação técnica para a execução de rede de 69 KV se deu com inobservância à limitação constante do referido inciso I do § 1º do art. 30 e revelou-se restritiva e inoportuna: restritiva, porque resultou na inabilitação de licitantes; **inoportuna, porque os serviços relativos à rede de 69KV não representavam, nos contratos originais, sequer 3,8% de seu valor total.** [...] [G.N.]⁷

Diante do encontrado, constata-se que o TCU considerou como indevida a exigência de comprovação de experiência na prestação de serviços que corresponderam a 3,8% e 2,93%, em razão de indevida restrição a competitividade do certame.

Ante o exposto, diante a ausência de uma resposta pacífica, e considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a equipe técnica entende por

DE CAPACIDADE TÉCNICA, VÍNCULO EMPREGATÍCIO DE RESPONSÁVEL TÉCNICO, CAPITAL SOCIAL E GARANTIA, ÍNDICES CONTÁBEIS E CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. VEDAÇÃO INDEVIDA DE SOMATÓRIO DE ATESTADOS. PROCEDÊNCIA. ANULAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO. 1. Exigir-se comprovação de capacidade técnica para parcelas da obra que não se afiguram como sendo de relevância técnica e financeira, além de restringir a competitividade do certame, constitui-se em clara afronta ao estabelecido pelo art. 30 da Lei 8.666/93 e vai de encontro ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. 2. É ilegal a exigência de comprovação de vínculo empregatício do responsável técnico de nível superior, com a empresa licitante, na data da publicação do edital. 3. É ilegal a exigência simultânea, nos instrumentos convocatórios, de requisitos de capital social mínimo e garantias para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. 4. É vedada a exigência de índices contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. A adoção desses índices deve estar devidamente justificada no processo administrativo. 5. É ilegal a exigência de comprovação de capital social devidamente integralizado, uma vez que esta exigência não consta da Lei 8.666/93. 6. É ilegal a vedação de somatório de atestados para fins de qualificação técnica dos licitantes, nos casos em que a aptidão técnica das empresas puder ser satisfatoriamente demonstrada por mais de um atestado.

⁶ Rel. Min. Valmir Campelo, publicado no DOU 16/02/2007.

⁷ AC-0167-28/01 – Plenário TC – 006.368/2000-0.

considerar um valor permissível de relevância os itens que apresentarem valor igual ou superior a 4% (quatro por cento) do total do objeto licitado.

Assim sendo, considerando que o serviço de instalação de módulo transceptor remoto representa 5,10% do total licitado, e as justificativas técnicas apresentadas pelos responsáveis, nas quais **é possível se identificar a complexidade técnica do serviço, entende-se que este pode ser considerado item de maior relevância técnica e valor significativo do objeto, podendo ser exigida a comprovação de experiência anterior, e dessa forma considerar regular sua exigência no edital.**

[...]

(grifei e sublinhei)

Por tais razões, considerando a existência incontestada de divergência entre entendimentos firmados pela área técnica desta Corte de Contas atinentes ao item em comento, não merece prosperar a imputação de erro grosseiro aos responsáveis, porquanto além da constatação de dúvida razoável em relação às diretrizes a serem seguidas no certame realizado no que tange ao item recorrido, com base nos elementos de prova constantes nos autos, não é possível afirmar categoricamente a existência do elemento volitivo doloso no cometimento da irregularidade, nem tampouco a ocorrência de culpa grave, violadora do dever de cuidado objetivo exigido do agente público, capaz de sustentar a inexigibilidade de conduta diversa.

Ante todo o exposto, acompanho parcialmente⁸ o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-1081/2021-1

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 e, no mérito, **não dar provimento** ao Pedido de Reexame, com a consequente manutenção do Acórdão TC-1486/2020-5;

⁸ Divergência em relação ao provimento do recurso.

1.2. Retificar o item 1.1 do referido Acórdão TC-1486/2020-5, de modo que onde se lê “[...] o art. 94, caput, e incisos I a IV, c/c art. 99, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), bem assim na forma do art. 181 e 182, do RITCEES, nos termos da Decisão 03892/2019-1 [...]”, leia-se “[...] o art. 101, caput, e parágrafo único, ambos da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES), bem assim na forma do art. 184 e 186, do RITCEES.”;

1.3. Recomendar à Prefeitura Municipal de Serra e à Secretaria Municipal de Serviços que, nos termos do art. 1º XXXVI, da Lei Complementar 621/2012, proceda à ampla pesquisa de preços para futuras contratações similares, buscando outros fornecedores e cotações em outras praças, inclusive informações de preços contratados por outros municípios, deste e outros estados;

1.4. Cientificar os interessados acerca desta decisão, nos termos regimentais;

1.5. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 23/09/2021 - 50ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

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

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária Geral das Sessões em substituição