



## Acórdão 01334/2021-3 - Plenário

**Processos:** 00732/2021-9, 00453/2021-2, 05832/2020-2, 05831/2020-8, 15208/2019-1, 15204/2019-1, 12517/2019-1, 03325/2019-1, 07983/2017-1, 05214/2014-3

**Classificação:** Recurso de Reconsideração

**UG:** PMG - Prefeitura Municipal de Guarapari

**Relator:** Sérgio Manoel Nader Borges

**Interessado:** EDSON FIGUEIREDO MAGALHAES, ORLY GOMES DA SILVA, ELIZABETH VERONICA PICCIAFUOCO RIBEIRO, AFONSO RODRIGUES PEREIRA FILHO, AURELICE VIEIRA SOUZA, JOSE AUGUSTO FERREIRA DE CARVALHO, ENIS SOARES DE CARVALHO, JACINTA MERIGUETE COSTA, LILIAN MARA DOS SANTOS STEIN, ALESSANDRA SANTOS ALBANI, CLAUDIA MARTINS DA SILVA, MILENA MOREIRA FERRARI, THEREZA CHRISTINA HASSEN SANTOS DE BARROS, MUNICIPIO DE GUARAPARI, INSTITUTO DE PREVIDENCIA DOS SERVIDORES DO MUNICIPIO DE GUARAPARI / ES - IPG, GUARAPARI CAMARA MUNICIPAL, JEDSON MARCHESI MAIOLI, MANFREDO GAEDE JUNIOR, OSMAR TEIXEIRA MORAIS, MARIA MADALENA RIBEIRO DE SOUZA GOTTARDO, ANDRESSA MARIA GOTTARDO, MARCIA GOTTARDO, DANIELLI SOUZA GOTTARDO GAEDE

**Recorrente:** TEREZA MARIA CHAMOUN MERIZIO

**Procuradores:** WILLIAN DA MATTA BERGAMINI (OAB: 11459-ES), HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO (OAB: 15728-ES)

### **PROCESSUAL – RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – PESSOAL – AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE PLANTÃO FISCAL E HORA EXTRA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – NEXO DE CAUSALIDADE – EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE.**

1. A responsabilidade perante o Tribunal de Contas é de natureza subjetiva, sendo, neste âmbito, requisito indispensável à configuração da responsabilidade, além da prática do ato ilícito na gestão dos recursos públicos, a existência de dolo ou culpa como elemento subjetivo da ação e a existência de nexo de

causalidade entre a ação ou omissão do agente público ou privado e o resultado nocivo observado.

2. Os limites da responsabilidade do gestor são os atos por ele praticados no âmbito de sua competência, sendo excessivo lhe atribuir também a responsabilidade pelos atos de seus subalternos, quando não tiver contribuído para estes.

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

### **1. RELATÓRIO**

Tratam os autos de **Recurso de Reconsideração** interposto pela **Senhora Tereza Maria Chamoun Merizio**, já devidamente qualificada nos autos, com fundamento no Art. 405 e seguintes da Resolução TCE/ES Nº 261, de 4 de Junho de 2013, **em face do Acórdão TC 1512/2020-4 (Primeira Câmara)** deste Egrégio Tribunal de Contas do Estado do ES – TCE/ES, **nos autos do Processo TC – 5214/2014-3.**

Irresigana, a recorrente apresenta o presente recurso em face da condenação imposta **no item 1.1.3 do Acórdão TC 1512/2020-4 (Primeira Câmara)**, que rejeitou as suas razões de justificativa e julgou irregulares suas contas com amparo no art. 87, V e art. 134, da Lei Complementar 621/2012, c/c art. 386 do RITCEES, nos seguintes termos:

#### ***ACÓRDÃO TC-1512/2020 – 1ª CÂMARA***

***Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:***

***1.1. Rejeitar parcialmente as razões de justificativas e julgar irregulares as contas de:***

***[...]***

***1.1.3 Tereza Maria Chamoun Merizio – Secretária de Administração e Recursos Humanos – 07/03/2013 a 02/01/2017, em razão da prática de ato ilegal, apontada no item 2.5 condenando-a a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) nos termos do item 2.5 da Instrução Técnica Conclusiva.***

Após a autuação, foi determinado o encaminhamento à Secretaria Geral das Sessões – SGS, para informarem acerca do prazo recursal e, posteriormente ao Núcleo de Controle e Documentos (NCD), o apensamento dos autos ao processo TC 5214/2014-3, nos termos do art. 277, §1º do RITCEES.

Após, por meio do Despacho 06488/2021-11 foi realizado o juízo prévio de processabilidade previsto no art. 288, XVI da Resolução TC 261/2013 que, de forma precária, autoriza o prosseguimento do feito com vistas a uma instrução preliminar e em seguida encaminhados os autos à SEGEX para instrução na forma regimental.

Em seguida o feito foi encaminhado ao Núcleo de Recursos e Consultas (NRC) que, manifestou-se por meio da Instrução Técnica de Recurso ITR 00116/2021-8 e opinou pelo conhecimento e provimento do presente recurso, com a consequente reforma dos Acórdão recorrido.

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 03861/2021-8, anuiu à proposta contida na Instrução Técnica de Recurso 00116/2021-1.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## **2. FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1. DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS**

Em consonância com a ITR 0116/2021-8, constata-se que os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, vale dizer, o cabimento, o interesse recursal, a legitimidade e a tempestividade e a regularidade formal restam regularmente atendidos motivo pelo qual **deve o presente recurso ser conhecido**.

### **2.3. DO MÉRITO**

A recorrente impetrou o presente Recurso inconformada com o julgamento unânime do Colegiado da 1ª Câmara (Acórdão 01512/2020-4) nos autos do processo de Tomada de Contas Especial Convertida TC 05214/2014-3 que, nos termos do voto

do Relator, rejeitou parcialmente as razões de justificativas e julgou irregulares as contas da Sra. Tereza Maria Chamoun Merizio, Secretária de Administração e Recursos Humanos do Município de Guarapari, no período de 07/03/2013 a 02/01/2017, condenando-a a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em razão da manutenção da irregularidade “*autorização da execução de serviços de plantão fiscal e serviço extraordinário cumulativamente*”.

Conforme narrado nos autos do Processo 05214/2014-3, relatório de auditoria interna da Prefeitura de Guarapari, narrou ter sido constatada, no mês de março de 2013, a existência de servidores municipais, percebendo Gratificação por Plantão Fiscal (GPF) cumulada com a Gratificação pela Prestação de Serviços Extraordinários em desacordo com o que dispõe o art. 3º, § 2º da Lei Municipal nº 3.314/2011. O Acórdão recorrido, acompanhou o entendimento técnico e afastou o ressarcimento, porém, manteve a imputação de multa à Recorrente fundado no entendimento de que, a mesma, tinha responsabilidade estabelecida por lei para o controle funcional e financeiro do pessoal da Prefeitura.

A Sra. Tereza Maria Chamoun Merizio pede a reforma do Acórdão recorrido, ancorada, em síntese bem apertada, na alegação de que não possuía competência para a prática dos atos ditos como irregulares. Uma vez que, o conforme os Arts. 29, 30 e 31 da Lei Complementar Municipal Nº. 1278/1991 e s art. 3º, §3º e 5º da Lei nº. 3.853/2014, que alterou a Lei nº 3.314/2011, bem como, Art. 2º, Parágrafo Único e Art. 4º §, 1º, do Decreto Nº. 881/2014, a responsabilidade por fiscalizar, conceder, disciplinar e ratificar o cumprimento dos plantões fiscais e controle dos serviços extraordinários é do Secretário Municipal/Chefia Imediata, onde os servidores estão localizados, não cabendo a Secretária Municipal de Administração.

Quanto a responsabilização dos agentes públicos em processos que tramitam neste Tribunal de Contas, tenho posição firme no sentido de que a responsabilidade é de natureza subjetiva, sendo requisito indispensável à configuração da responsabilidade no âmbito desta Corte de Contas, além da prática do ato ilícito na gestão dos recursos públicos, a existência de dolo ou culpa como elemento subjetivo da ação e a existência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente público ou privado e o resultado nocivo observado.

*In casu*, a conduta atribuída à recorrente nos autos de origem do presente recurso é genérica e o nexo de causalidade não permite formar juízo quanto a em que medida a conduta a ela atribuída (não exercer o devido controle) contribuiu para a ocorrência dos pagamentos questionados como indevidos, até mesmo porque, o item nexo de causalidade descreve outro possível resultado “comprometimento da saúde do servidor e a qualidade do trabalho”.

Desse modo, por todo o exposto e analisando os autos **acompanho o posicionamento construído na Instrução Técnica de Recurso 00116/2021-8**, que contou com anuência do Ministério Público de Contas em seu Parecer 003861/2021-8, adotando-o como razão de decidir, reproduzindo-o como parte deste voto:

### **3. RAZÕES DOS RECORRENTES E EXAME DE MÉRITO DO RECURSO**

A irregularidade que ensejou a interposição do presente recurso foi a seguinte:

#### **3.1. AUTORIZAÇÃO DA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE PLANTÃO FISCAL E SERVIÇO EXTRAORDINÁRIO CUMULATIVAMENTE**

**Base legal:** Art. 3º, §2º, da Lei Municipal de Guarapari 3314/2011 e art. 3, § 6º, da Lei Municipal de Guarapari 3.853/2014.

Acerca da condenação imposta no Acórdão objurgado a recorrente apresenta as seguintes justificativas:

*“Inicialmente, é importante destacar, que os funcionários efetivos são “localizados” nos órgãos (Secretarias e correlações da estrutura organizacional administrativa) onde passam a exercer suas atividades laborais, inclusive, com desdobramento da “localização” desencadeada pela departamentalização ou setorização, em conformidade com o desenho organizacional administrativo.*

*Para melhor clareza, vejamos o diz os Arts. 29, 30 e 31 da Lei Complementar Nº. 1278/1991:*

*Art. 29 - Os funcionários do Poder Executivo serão lotados na Secretaria de Administração, onde ficarão centralizados todos os cargos de lotação.*

*Art. 30 - A Secretaria da Administração alocará às demais Secretarias e órgãos diretamente subordinados ao Prefeito, e neles terão exercício, os funcionários necessários à execução dos seus projetos, atividades e programas, permanentes e temporários.*

*Art. 31 - Localização é o ato mediante o qual o funcionário passa a exercer suas atividades em outro setor sediado em localidade diferente ou não da anterior, mas sempre dentro da mesma Secretaria ou órgão para o qual foi alocado.*

*Infere-se da legislação acima transcrita, que a partir da localização, os servidores passam a exercer suas funções de acordo com o desenvolvimento e a execução das atividades funcionais, projetados e programados pelos órgãos afins (secretarias), portanto, a responsabilidade por fiscalizar, conceder, disciplinar e ratificar o cumprimento dos plantões fiscais e controle dos serviços extraordinários é do Secretário Municipal/Chefia Imediata, onde os servidores estão localizados, não cabendo a Secretária Municipal de Administração contextualização secretaria por secretaria, ou ainda, setor por setor.*

*Tanto é verdade que os art. 3º, §3º e 5º da Lei nº. 3.853/2014, que alterou a Lei nº 3.314/2011, bem como, Art. 2º, Parágrafo Único e Art. 4º §, 1º, do Decreto Nº. 881/2014 estabelecem o seguinte:*

*"Art. 3º - As Gratificações, ora instituídas por esta Lei e previstas nos Anexos I, II, III e IV serão percebidas juntamente com a remuneração do Servidor, não sendo a ela incorporada e nem servindo de base para vantagens, recolhimento ou obtenção de benefícios previdenciários, podendo ser suspensa a sua concessão a qualquer tempo.*

*§ 3º - As escalas de trabalho para a concessão das gratificações previstas no caput deste artigo ficarão ao encargo do Secretário Municipal responsável pelo setor ao qual o servidor encontra-se subordinado.*

*Art. 5º - Compete ao Secretário Municipal fiscalizar o efetivo cumprimento das atividades especiais para a concessão das Gratificações contidas no anexo II, III e IV desta Lei, bem como, disciplinar e ratificar o cumprimento das Escalas de Serviço, que serão anotadas e atestadas- pelas chefias imediatas, e autorizadas pelo Prefeito Municipal para fins de pagamento."*

*"Art. 2º - Os Servidores em atividades que, pela sua natureza, em razão do interesse público, tenham que desenvolver serviços continuados e/ou noturno deverão desempenhar suas atividades em escala de trabalho, obedecendo ao dispositivo neste Decreto, devendo observar o seguinte requisito:*

*Parágrafo Único - As escalas de trabalho ficarão sob responsabilidades das Chefias Imediatas devendo ser corroborada pelo Secretário Municipal responsável pelo setor ao qual o servidor encontra-se subordinado.*

*(....)*

*Art. 4º - (...)*

*§ 1º - A Concessão das horas extras atribuídas aos servidores ficarão sob responsabilidades dos Secretários Municipais responsável pelo setor ao qual o servidor encontra-se subordinado.*

*(...)'*

*Como manter a imputação dessa responsabilidade à recorrente, quando toda legislação específica que trata sobre a matéria, estabelecia as competências para a prática de cada ato relativo aos plantões fiscais e horas extraordinárias. Não deve a Recorrente ser responsável só porque ocupava o cargo de Secretária Municipal de Administração, visto que, em nenhum momento, segundo a legislação acima mencionada, possuía competência e atribuição para analisar e deliberar acerca das concessões relacionadas ao plantão fiscal e horas extras. Daí o pedido de reconsideração tendo por finalidade a exclusão da pena.*

### **3.1.1. Instrução recursal**

Observando-se as razões recursais, verifica-se que a instrução processual nos autos do **Processo TC –5214/2014-3**, apontou a recorrente como responsável, sem a devida apreciação da culpabilidade e conseqüentemente da individualização das condutas e nexos causais.

Observando a ITC 3177/2020-1, em que se baseia o Acórdão vergastado, observa-se que foi imputada a seguinte conduta/nexo de causalidade à recorrente:

**Responsável:** Tereza Maria Chamoun Merizio – Secretária de Administração e Recursos Humanos – 07/03/2013 a 02/01/2017

**Conduta:** Não exercer o devido controle sobre a execução concomitante de plantão fiscal e hora extra por servidor, ao invés de realizar o controle financeiro e funcional do pessoal da Prefeitura.

**Nexo de causalidade:** A omissão quanto ao controle sobre os pagamentos de gratificações pode comprometer a saúde do servidor e a qualidade do trabalho.

Percebe-se claramente que foi imputada uma conduta genérica e vazia a recorrente, apenas pelo fato dela ocupar o cargo de Secretária de Administração. De outra senda, não consta qual seria a conduta exigível por parte dela para evitar a ocorrência da irregularidade apontada como irregular. Além disso, nos parece bem razoável a argumentação apresentada neste recurso de que a recorrente por determinação legal não possuía competência para a prática dos atos ditos como irregulares. Afinal nos termos da legislação

supramencionada a responsabilidade por fiscalizar, conceder, disciplinar e ratificar o cumprimento dos plantões fiscais e controle dos serviços extraordinários é do Secretário Municipal/Chefia Imediata, onde os servidores estão localizados, não cabendo a Secretária Municipal de Administração.

A imputação de responsabilidade ao gestor sem a comprovação, no mínimo, do dolo ou da culpa e do nexo de causalidade, é objetiva e, portanto, contrária à lei e à jurisprudência pacificada nesta Corte de Contas, que em casos análogos, entende que a imputação deve se ater à responsabilidade subjetiva, já que a objetiva se assenta exclusivamente em mera presunção, e corre o risco de atolar-se num campo fértil para a imprecisão, dubiedade e incertezas.

Esta Corte de Contas vem adotando o entendimento de que o apenamento com base unicamente no fato do agente público ocupar a posição de gestor, aproxima-se da responsabilização objetiva, sendo inadmissível tal entendimento e contrário ao ordenamento pátrio.

Este Plenário, acompanhando, por maioria, o voto-vista proferido pelo Conselheiro Rodrigo Chamoun nos autos do TC 3873/2005, se manifestou pela ausência do desenvolvimento regular do processo nos casos em que só foi chamado aos autos o ordenador de despesas, em detrimento dos demais participantes do ato tido como irregular, in verbis:

*“Sendo assim, o presente caso impõe o reconhecimento da ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, haja vista que não se procedeu à identificação e qualificação dos agentes potencialmente responsáveis, tampouco das pessoas jurídicas contratadas, nem mesmo à descrição adequada e individualizada da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa imputada a cada agente, ou do resultado produzido ou que deva ter sido produzido, do nexo de causalidade entre a conduta de cada qual e o resultado ou, ainda, da indicação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), do indício de boa-fé (erro de fato ou erro de direito escusável – art. 157, §2º, RITCEES) e da participação individualizada de cada agente”.*

Ademais não está evidenciado em lugar algum dos autos que os recorrentes tenham agido, no mínimo, culpa, muito menos com erro grosseiro ou dolo. Além disso, não a demonstração do nexo de causalidade, entre as suas condutas e o resultado naturalístico, sendo, portanto, objetiva a imputação de responsabilidade e, assim, contrária à lei.

Ocorre que a partir da entrada em vigência Lei nº 13.655/18, que acrescentou o art. 28, ao Decreto-Lei 4.657/42, o agente público somente poderá ser responsabilizado nos processos de controle externo, se houver uma análise que demonstre ter havido uma conduta dolosa ou maculada por erro grosseiro, fato este que não foi levado em consideração no processo que levou à condenação do recorrente.

A previsão de que o agente público somente responda pessoalmente por erro grosseiro constitui novo marco legal no plano da responsabilidade. A partir dele, o agente público não pode responder pessoalmente por erro em sentido estrito do termo, ou por culpa que não seja adjetivada pela gravidade da conduta.

Nesse sentido temos a norma contida no Decreto Federal Nº 9.830, de 10 de junho de 2019 que regulamenta o Decreto-Lei 4.657/42, que instituiu a Lei de Introdução as Normas de Direito Brasileiro, senão vejamos:

Art. 12. O agente público **somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.**

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º **Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.** (Grifos nossos)

Os supramencionados preceitos legais e regulamentares trazem, portanto, normas cogentes no sentido de que nenhum agente público pode ser responsabilizado, se não restar comprovado nos autos uma situação ou circunstância fática que demonstrem ter sido a sua conduta realizada de forma dolosa ou mediante erro grosseiro.

Essas normas visam reprimir e prevenir abusos no exercício da atividade de controle da Administração Pública e do exercício da função pública. Os órgãos de controle interno e externo, incluído o Ministério Público, sabidamente vinham exercendo a atividade de controle por vezes fora dos limites da legalidade, imputando responsabilidade indevida a agentes públicos.

Não era incomum que um determinado agente público fosse responsabilizado, não pelo cometimento de ilegalidade, mas porque um certo órgão ou agente de controle tem interpretação diversa acerca de um dispositivo legal ou constitucional, ou mesmo tem opinião pessoal diversa sobre o mérito da decisão administrativa reputada irregular.

Havia situação de grave insegurança jurídica por parte dos agentes públicos, na medida em que aquele que atua em erro tem por vezes sido responsabilizado como se tivesse praticado conduta dolosa, intencional e desonesta.

A norma contida no art. 28 da Lei nº 13.655/18, estabelece um novo paradigma para a atuação do controle interno e externo: somente o dolo ou o erro grosseiro podem ensejar a responsabilização pessoal dos agentes públicos.

Ao se analisar a culpabilidade imputada à recorrente verifica-se que o *DECISUM* não enfrentou diretamente a obrigação legal decorrente do art. 28 do Decreto-lei 4.657/42.

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

Decorre daí que houve um ***error in iudicando*** no Acórdão objurgado, uma vez que somente poderia ter sido responsabilizada a recorrente se houvesse sido analisada a sua conduta de modo a demonstrar que ela agiu com dolo, direto ou eventual, ou que tivesse dado causa ao pagamento irregular por erro grosseiro no desempenho de suas funções.

O Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU – tem vasta jurisprudência, em que imputa ou isenta de responsabilidade agentes públicos analisando se agiram com dolo ou erro grosseiro, conforme se demonstra em seguida.

Acórdão 2982/2014 - plenário - relatório de auditoria (ra) - relator Walton Alencar Rodrigues - 05/11/2014

(...)cabe ressaltar que o parecer pela aprovação deu-se em flagrante desrespeito à lei 8.666/1993, que é enfática sobre a necessidade de prévia aprovação do projeto básico antes da deflagração do processo licitatório. **Plenamente enquadrável, portanto, como erro grosseiro, tendo em vista que o parecer infringiu disposição literal de lei (art. 7º, §2º, inciso i, da lei 8.666/1993)**, fato que torna a responsabilização do parecerista jurídico plausível, de acordo com a jurisprudência do tribunal de contas (...)

Acórdão 1298/2017 - plenário - tomada de contas especial (tce) - relator André de Carvalho - 21/06/2017

(...)111. Cotejando os autos, verifica-se que o processo foi submetido à procuradoria do dnit, à assessoria de cadastro e licitações e posteriormente à diretoria colegiada. Assim, tendo cumprido o rito de aprovação do edital, **e por não se tratar de erro grosseiro, de fácil percepção, não seria razoável exigir que o diretor de infraestrutura aquaviária se ocupasse, pessoalmente, de minuciosa revisão do projeto.** 112. Outrossim, caso este tribunal decida incluir o diretor aquaviário no rol de responsáveis (...) **(grifos nossos)**

No âmbito do Tribunal de Contas Capixaba (TCE/ES), o entendimento mais recente sobre o tema em análise, para fins de aplicação de obrigação de ressarcimento, é o de que, ao menos seja comprovado que o agente



agiu com culpa, o que não ocorreu no **Acórdão TC 642/2019-Segunda Câmara. Vejamos:**

**Acórdão 00396/2019-1 – PLENÁRIO (TCEES)**

[...]

Antes de adentrar no mérito, entendo pertinente trazer à lume as inovações da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, que em abril de 2018, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, sofreu fortes alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão do art. 28, a saber:

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

Como se vê, o dispositivo 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.

Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo jurídico indeterminado.

Primeiramente, 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.

[...]

É importante registrar que, para tal verificação, deve-se partir da noção de homem-médio ou do gestor-médio, devendo-se comparar a atuação do gestor do caso concreto com a do gestor-médio, inserindo-o nas mesmas circunstâncias em que aquele.

Ao assim proceder, deve-se indagar se teria o agente-médio agido da mesma forma que o agente da vida real para, então, verificar se sua escolha foi adequada ou se se desviou de opção mais apropriada, avaliando-se, dessa forma, em que grau se caracteriza o elemento subjetivo de sua conduta.

[...]

Ocorre que o art. 28, da LINDB não condicionou a responsabilização do agente público à existência de dolo ou culpa, como tradicionalmente se conhecia.

Dali em diante, o prisma sob o qual se deve avaliar as condutas passou a ser outro, mais restrito, pois a alteração legislativa dedicou-se a exigir a presença de dolo ou de erro grosseiro, e não mais de culpa, independentemente de sua gradação (levíssima, leve ou grave).

Nesse contexto, **o que transpareceu da inovação legislativa é que a ideia de 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.

[...]

Nota-se, então, que **o art. 28, da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial.**

**Contudo, é imperioso destacar que a identificação da culpa grave é condição relevante apenas para o exercício da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, ou seja, para aplicação de sanções, já que a exigência do mais alto grau da culpa não pode ser obstáculo à reparação de dano causado por todo aquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público** e isso se deve a questões tanto de especificidade quanto de distinção entre as searas da improbidade administrativa e do controle externo, já que este tem espectros mais amplos que aquele.

Assim, **especificamente para efeito de reparação de dano ao erário apurado pelas Cortes de Contas, basta que se identifique que a atuação do agente público se deu em sua modalidade dolosa ou culposa, sendo irrelevante para**

**imposição do ressarcimento a aferição do grau com que se praticou o ato culposo.** (Grifo nosso)

Portanto, a avaliação em torno do erro grosseiro terá importância somente para fins de imposição e dosimetria das penalidades cabíveis (multa, inabilitação, inidoneidade e proibição de contratar), não sendo autorizada a não condenação de eventuais responsáveis ao ressarcimento devido por terem atuado com baixo grau de reprovabilidade, sob pena de se contrariar a teoria geral da responsabilidade e as particularidades de cada instância.

Este raciocínio está ancorado na sistemática delineada pela Constituição Federal de 1988, na qual se estabeleceu a responsabilização subjetiva dos agentes públicos, consoante a regra insculpida na parte final do §6º, do seu art. 37, exigindo-se, para fins de reparação de dano, a presença de dolo ou culpa, indistintamente:

Art. 37. [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Desse modo, a melhor interpretação a ser dada ao art. 28 da LINDB é que **a responsabilização regulada pelo dispositivo se volta tão somente à concretização da pretensão punitiva dos órgãos de controle, pois não se poderia admitir que a regra legal superveniente restringisse o sentido da expressão usada no § 6º do art. 37 da CF, sob o risco da inconstitucionalidade material.** (grifo nosso)

Percebe-se, portanto, que para fins de aplicação de condenação em ressarcimento, a nossa Corte de Contas exige que, ao menos, o agente tenha agido com culpa o que não ocorreu no presente caso.

Importante salientar ainda, que após a verificação de excludente de responsabilização dos gestores quando ausente a Matriz de responsabilização, os Conselheiros desta Egrégia Corte, tem decidido que eventual reabertura da instrução processual para a obtenção de elementos de convicção se mostra inviável e na contramão do razoável, em razão da necessidade de citação de todos os responsáveis para compor o polo passivo da demanda, bem como o refazimento de todas as fases processuais, o que poderia se tornar irrealizável ou ineficaz por força do decurso do tempo e intercorrências diversas, em contraponto com as garantias constitucionais inerentes ao direito de defesa, da razoável duração do processo, da economia processual, da celeridade, da segurança jurídica.

Dessa forma conforme acórdãos citados, tem-se que o entendimento dessa Corte de Contas é de que “os limites da responsabilidade do gestor são os atos por ele praticados no âmbito de sua competência, sendo excessivo lhe atribuir também a responsabilidade pelos atos de seus subalternos, quando não tiver contribuído para estes”.

Dessa maneira, entende-se que deve ser excluída a responsabilização imposta à recorrente, devendo ser realizada a correspondente reforma no julgado.

#### **4. CONCLUSÃO**

À luz de todo o exposto, opina-se pelo **PROVIMENTO** ao recurso interposto e pela reforma do **Acórdão TC 1512/2020-4 (Primeira Câmara)**, deste Egrégio Tribunal de Contas do Estado do ES – TCE/ES, **nos autos do Processo TC – 5214/2014-3, em decorrência da presença de elementos suficientes para elidir, do ponto de vista técnico-jurídico a condenação imposta à recorrente.**

Nesse diapasão, opina-se pela reforma do **Acórdão TC 1512/2020-4 (Primeira Câmara)**, para que seja **excluída a condenação imposta no item 1.1.3, à Senhora Tereza Maria Chamoun Merizio** devendo ser julgadas regulares as suas contas, com fulcro no art. 84, I da Lei Complementar 621/2012.

Ante todo o exposto, acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e o Parecer 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-1334/2021 – 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, em:

**1.1. CONHECER** o presente recurso;

**1.2. DAR PROVIMENTO** ao presente Recurso de Reconsideração, reformando-se o Acórdão TC 1512/2020-4 - Primeira Câmara para;

**1.2.1. JULGAR REGULARES** as contas da Tereza Maria Chamoun Merizio, dando-lhe **QUITAÇÃO**, com fulcro no art. 84, I e 85 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista o afastamento de sua responsabilidade em relação ao item de irregularidade “autorização da execução de serviços de plantão fiscal e serviço extraordinário cumulativamente”, **afastando a multa** fixada no referido Acórdão;

**1.3. MANTER INCÓLUME** os demais itens do Acórdão Recorrido;

**1.4. ARQUIVAR** os autos, após o trânsito em julgado.

**2. Unânime.**

**3. Data da Sessão:** 23/11/2021 - 60ª 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, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

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 RODRIGO COELHO DO CARMO

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**