



## Acórdão 01404/2021-5 - 2ª Câmara

**Processo:** 01939/2014-5

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMA - Prefeitura Municipal de Anchieta

**Relator:** Marco Antônio da Silva

**Representante:** J.C LIMA E CIA LTDA

**Responsável:** LUIZ HENRIQUE TORRES, MARCUS VINICIUS DOELINGER ASSAD, ARMINDO DE SOUSA RIBEIRO JUNIOR, DELCY DIAS MACHADO FILHO, WILSON XAVIER DE SOUZA, SALVADOR EMPREENDIMENTOS LTDA, WELLIS OTAVIO DO CARMO, WALDEMAR DA SILVA BELEM JUNIOR, MUNIR ABUD DE OLIVEIRA

**Procuradores:** LUISA PAIVA MAGNAGO (OAB: 12455-ES), PEDRO JOSINO CORDEIRO (OAB: 17169-ES), RAPHAEL REIS BAHIANO (OAB: 24776-BA)

### REPRESENTAÇÃO – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – TEMA 899 DO STF – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

#### 1. RELATÓRIO

Tratam os autos de representação com pedido de medida cautelar em face da Prefeitura Municipal de Anchieta, protocolizada pela empresa J.C. Lima & CIA Ltda em 24/03/2014, objetivando o cancelamento do Pregão n. 005/2013, bem como suspensão do aditivo do contrato resultante do certame.

O Pregão n. 005/2013 teve como objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços em patrulha mecanizada, com valor máximo estimado de R\$7.618.195,00 (sete milhões, seiscentos e dezoito mil, cento e noventa e cinco reais). Como resultado do procedimento licitatório, foi firmado o Contrato 36/2013 em 10/05/2013 entre a Prefeitura Municipal de Anchieta e a empresa Salvador

Empreendimentos Ltda. O valor contratado foi de R\$7.200.000,00 (sete milhões e duzentos mil reais).

Inicialmente, decidindo monocraticamente (DECM 405/2014), o Relator deixou de apreciar o pedido de provimento cautelar e determinou a oitiva do Prefeito Municipal e do Pregoeiro para prestar informações e juntar “*cópia de todo o procedimento licitatório relativo ao Pregão nº 005/2013, bem como contrato, notas de empenhos e outras informações que julgue pertinentes, além de apresentar as razões pelas quais houve a prorrogação do contrato, juntado à documentação respectiva*”.

Em sequência, a Manifestação Técnica Preliminar – MTP 293/2014 registrou que a análise relativa ao Pregão n. 005/2013 já havia sido iniciada em outro processo nesta Corte, o Processo TC 4344/2013.

Com relação à execução contratual, o Relator encaminhou para análise os autos, sendo elaborada a MTP 383/2014, parcialmente acolhida pelo Relator e pelo Plenário (Decisão TC 4954/2014 e Decisão Preliminar TC 92/2014), levando à notificação do Prefeito Municipal para apresentar a documentação indicada na peça técnica relacionada para comprovação da execução dos serviços.

Assim, foram prestadas novas informações, arroladas nas peças 30 (a partir da fl. 57) a 55 (término na fl. 68).

Dando prosseguimento ao feito, foram elaboradas a MTP 456/2015, a ITI 1070/2015 e, com base nestas peças processuais, o voto do Relator e a Decisão TC 4504/2015 do Plenário, que nos termos daquele voto, decidiu pela citação dos responsáveis indicados, além de determinar ao gestor para que deixasse de aditar o contrato e promovesse registro de acompanhamento da execução contratual.

Após isso e depois de enviadas as defesas, a Manifestação Técnica 00616/2016-5 concluiu que as informações juntadas não foram suficientes para afastar as irregularidades apontadas na MTP 456/2015 e na ITI 1070/2015. Entretanto, em análise jurídica perfunctória, realizada pelo Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC à época, foram identificadas algumas inconsistências relativas à conduta e onexo de causalidade imputados por ocasião da MTP 456/2015.

Assim, após exposição dos aspectos jurídicos frente aos aspectos de engenharia levantados pela área técnica, foi elaborada a MTP 312/2018 e a ITI 236/2018, com vistas a garantir o contraditório e a ampla defesa, nos termos do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, bem como propiciar base adequada para decisão condizente com a verdade material.

Após a Decisão SEGEX 306/2018, os responsáveis foram, então, citados e apresentaram defesa e documentações de suporte. Exceção ao Sr. Luiz Henrique Torres, para este responsável não foi localizada documentação de defesa no sistema e-tcees.

Desta forma, os autos foram remetidos para o atual Núcleo de Controle Externo de Construção Pesada, que procedeu à Instrução Técnica Conclusiva 05043/2020, cuja proposta de encaminhamento foi a seguinte:

#### **4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**

*Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre o **Contrato 36/2013**, celebrado pela **Prefeitura Municipal de Anchieta**, sugere-se a procedência da presente **Representação**, nos termos do art. 178, inciso II, c/c o art. 186, ambos da Resolução TC 261/2013, tendo em vista a manutenção das irregularidades abaixo apontadas:*

**Liquidação de despesas sem comprovação da efetiva prestação do serviço (item 2.2.1 desta conclusiva, equivalente ao item 2.3 da MTP 312/2018, equivalentes aos itens 4.2, 4.3.2, 4.3.3 e 4.5 da MTP 456/2015)**

**Base Legal:** artigo 67 § 1º da lei 8.666/93 e nos artigos 62 e 63 § 2º, inciso III da Lei 4.320/64.

**Responsáveis:** Waldemar da Silva Belém Jr. – Secretário Municipal de Agricultura, Pesca e Abastecimento

Wilson Xavier de Souza – Secretário Infraestrutura Municipal

Wellis Otávio do Carmo – Gerente Municipal de Serv. Urbanos e Comu. do Litoral

*Delcy Dias Machado Filho – Gerente Municipal de Serv. Urbanos e Cor. do Litoral*

*Luiz Henrique Torres – Servidor da Prefeitura*

*Salvador Empreendimentos Ltda. EPP – Empresa prestadora do serviço.*

**Superfaturamento no cálculo e pagamento dos reajustamentos (item 2.2.2 desta conclusiva, equivalente ao item 2.4 da MTP 312/2018 e 5.1 da MTP 456/2015).**

**Base Legal:** *cláusula sétima do Contrato nº 036/2013. Art. 38, parágrafo único, art. 40, XI c/c art. 55, III da Lei 8.666/93.*

**Responsáveis:** *Munir Abud de Oliveira – Procurador Municipal*

*Salvador Empreendimentos Ltda. EPP–Empresa prestadora do serviço.*

**Ressarcimento:** *R\$712.278,07 (281.532,53 VRTE)*

**Prestação indevida de serviços gratuitos a particulares (item 2.2.3 desta conclusiva, equivalente ao item 2.5 da MTP 312/2018 e item 4.1.D da MTP 456/2015).**

**Base Legal:** *art. 37 da Constituição Federal. Art. 62 e 63, §2º, I, da Lei 4.320/1964.*

**Responsáveis:** *Waldemar da Silva Belém Jr. – Secretário Municipal de Agricultura, Pesca e Abastecimento*

*Wilson Xavier de Souza – Secretário Infraestrutura Municipal*

*Wellis Otávio do Carmo – Gerente Municipal de Serv. Urbanos e Comu. do Litoral*

*Delcy Dias Machado Filho – Gerente Municipal de Serv. Urbanos e Cor. do Litoral*

*Salvador Empreendimentos Ltda. EPP – Empresa prestadora do serviço.*

**Ressarcimento:** *R\$306.496,17 (125.896,82 VRTE)*

*Assim, om fulcro no artigo 87, inciso V, da LC 621/12, em razão da prática de ato ilícito que causou grave infração às normas legais e injustificados danos ao erário, a condenação dos responsáveis solidários aos seguintes **RESSARCIMENTOS**:*

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS	SUBTÍTENS/IRREGULARIDADES	IMPORTÂNCIA DEVIDA	
		R\$	VRTE
Munir Abud de Oliveira (Procurador Geral do Município de Anchieta)	2.2.2 Superfaturamento no cálculo e pagamento dos reajustamentos	R\$ 712.278,07	281.532,53
Salvador Empreendimentos Ltda - EPP (Contratada), por meio de Francisco Salvador Netto - Sócio Administrador da empresa		R\$ 712.278,07	281.532,53
<b>SUBTOTAL (2.2.2) -</b>		<b>R\$ 712.278,07</b>	<b>281.532,53</b>
Waldemar da Silva Belém Jr. (Secretário Municipal de Agricultura, Pesca e Abastecime	2.2.3 Prestação indevida de serviços gratuitos a particulares	R\$ 218.181,82	88.889,89

RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS	SUBTÍTENS/IRREGULARIDADES	IMPORTÂNCIA DEVIDA	
		R\$	VRTE
nto)			
<b>Wilson Xavier de Souza</b> (Secretário Infraestrutura Municipal)		R\$ 17.360,66	7.288,27
<b>Wellis Otávio do Carmo</b> (Gerente Municipal de Serv. Urbanos e Comum. do Litoral)		R\$ 63.753,69	26.696,00
<b>Delcy Dias Machado Filho</b> (Gerente Municipal de Serviço Urbano Cor. De Litoral)		R\$ 7.200,00	3.022,67
<b>SUBTOTAL (2.2.3)</b>		<b>R\$ 306.496,17</b>	<b>125.896,82</b>
<b>TOTAL GERAL</b>		<b>R\$ 1.018.774,25</b>	<b>407.429,35</b>

*Posto isso, conclui-se opinando por:*

#### 4.1 PRELIMINARMENTE:

4.1.1 *Nos termos do art. 201, da Resolução TC 261/2013, converter os presentes autos em Tomada de Contas Especial, em razão das irregularidades que ensejam ressarcimento de valores ao erário, conforme apontadas na tabela acima (itens 2.2.2 e 2.2.3);*

4.1.2 *Acolher a ilegitimidade passiva arguida pelo prefeito, senhor Marcus Vinicius Doelinger Assad, afastando-lhe a responsabilidade a ele imputada nos atos ilícitos dispostos nos itens 2.2.1, 2.2.3, 2.2.4 e 2.2.5 desta ITC, na forma da fundamentação constante no item 2.1.1 desta ITC;*

4.1.3 *Não acolher a ilegitimidade passiva arguida preliminarmente pelo procurador municipal, senhor Munir Abud de Oliveira (item 2.1.2 desta ITC), e no mérito, mantendo-lhe a responsabilidade a ele imputada no ato ilícito disposto no item 2.2.2 desta ITC, na forma da fundamentação constante nos referidos itens;*

#### 4.2 NO MÉRITO:

4.2.1 *Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos senhores Waldemar da Silva Belém Jr. (secretário municipal de Agricultura, Pesca e Abastecimento), Wilson Xavier de Souza (secretário de Infraestrutura municipal), Wellis Otávio do Carmo (gerente municipal de Serviços Urbanos e Comunidade do Litoral), Delcy Dias Machado Filho (gerente municipal de Serviços Urbanos e Comunidade do Litoral) e condená-los ao ressarcimento em solidariedade dos valores dispostos individualmente na tabela acima, que somam o total de R\$306.496,17, equivalentes a 125.896,82 VRTE, tendo em vista o cometimento de infração que ocasionou prejuízo ao erário, apresentada no item 2.2.3 desta ITC, e ao pagamento de multa individual, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012, tendo em vista o cometimento de grave infração e de infração que ocasionou prejuízo ao erário,*

apresentadas, respectivamente, nos **itens 2.2.1 e 2.2.3 desta ITC**, na forma da fundamentação constante nos referidos itens;

4.2.2 **Rejeitar** as razões de justificativa apresentadas pelo senhor **Munir Abud de Oliveira** (procurador municipal), e condená-lo ao **ressarcimento** no valor de **R\$712.278,07**, equivalentes a **281.532,53 VRTE**, em solidariedade a empresa contratada Salvador Empreendimentos Ltda, tendo em vista o cometimento da infração que ocasionou prejuízo ao erário, apresentada no **item 2.2.2 desta ITC**, e ao **pagamento de multa individual**, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012, conforme fundamentação constante no referido item;

4.2.3 **Rejeitar** as razões de justificativa apresentadas pela pessoa jurídica **Salvador Empreendimentos Ltda.**, e condená-la ao **ressarcimento** no valor de **R\$712.278,07**, equivalentes a **281.532,53 VRTE**, em solidariedade ao procurador municipal, senhor Munir Abud de Oliveira, tendo em vista o cometimento de infração que ocasionou dano ao erário, apresentado no **item 2.2.2 desta ITC**, e ao **pagamento de multa individual**, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012, conforme fundamentação constante no referido item;

4.2.4 **Julgar irregulares as contas** dos senhores **Waldemar da Silva Belém Jr.** (secretário Municipal de Agricultura, Pesca e Abastecimento), **Wilson Xavier de Souza** (secretário de Infraestrutura Municipal), **Wellis Otávio do Carmo** (gerente municipal de Serviços Urbanos e Comunidade do Litoral), **Delcy Dias Machado Filho** (gerente municipal de serviços Urbanos e Comunidade do Litoral), tendo em vista o cometimento de **infração grave**, que provocou dano ao erário, presentificada no **item 2.2.3 desta ITC**, com fundamento no artigo 84, inciso III, alínea c” e “e” da LC 621/2012;

4.2.5 **Julgar irregulares as contas** do senhor **Munir Abud de Oliveira** (procurador municipal), tendo em vista o cometimento de **infração grave**, que provocou dano ao erário, presente no **item 2.2.2**



**desta ITC, com fundamento no artigo 84, inciso III, alíneas “c” e “e” da LC 621/2012<sup>1</sup>;**

**4,2,6 Declarar a revelia do senhor Luiz Henrique Torres (servidor da PMA), por não apresentar defesa nos presentes autos, imputando-lhe multa individual, na forma do artigo 134, parágrafo único, da LC 621/2012, pelo cometimento de irregularidade grave mantida, presentificada no item 2.2.1 desta ITC;**

**4.2.7 Afastar a irregularidade disposta no item 2.2.4 desta ITC, na forma fundamentada neste tópico;**

O *Parquet* de Contas, por meio do Parecer 04149/2021-1, diverge parcialmente do opinamento técnico. Sua discordância se dá quanto à responsabilização do Procurador Municipal, Sr. Munir Abud de Oliveira, que mereceria ser afastada, haja vista a ausência de comprovação de dolo, culpa ou erro grosseiro na emissão de seu parecer técnico.

Pugnou também pela expedição de determinação para que a Prefeitura de Anchieta apure a existência de eventuais pagamentos em favor da empresa Salvador Empreendimentos Ltda, cujo crédito deveria ser suspenso até o trânsito em julgado desses autos, objetivando resguardar o interesse público e remediar o dano ao erário a ser apurado.

É o relatório.

## VOTO

---

<sup>1</sup> Art. 84. As contas serão julgadas: [...]

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

[...]

c) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico;

d) grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;

e) dano injustificado ao erário, decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 DA PRELIMINAR DE MÉRITO:

#### 2.1.1 Da Ilegitimidade passiva do prefeito:

Acerca dessa preliminar, encampo o posicionamento técnico trazido pela Área Técnica na Instrução Técnica Conclusiva 05043/2020, pelos seus próprios fundamentos, e os adoto como razões de decidir, conforme abaixo:

*Considerando o teor da defesa apresentada em conjunto pelos senhores Marcus Vinicius Doelinger Assad, Waldemar da Silva Belém Júnior, Wilson Xavier de Souza, Wellis Otávio do Carmo, Delcy Dias Machado Filho e Armindo de S. Ribeiro Júnior, acostada às fls. 04/70 da peça 94, resta impositivo o afastamento da responsabilidade do prefeito, pelos motivos que seguem, conforme reproduzidos da referida defesa:*

#### 1. A Responsabilidade Objetiva

##### 1.1 Conduta e Nexo Causal trazidos na ITC

A Manifestação Técnica Preliminar MTP456/2015 traz o seguinte descritivo de Conduta e correspondente Nexo Causal para afirmação de responsabilidade do Gestor.

##### 4.2 Irregularidade:

a) a quase totalidade desses controles somente indica o local onde o serviço teria sido prestado, sem, discriminar adequadamente o serviço executado. Por exemplo, fls. 3026 a 3031 – especificam somente 'serviço em 2 Barras'.

b) apenas em alguns poucos controles se verifica uma sucinta descrição dos serviços executados, como por exemplo 'confecção de tanque de peixe' (fls. 3032 a 3093).

Identificação: Marcus Vinicius Doelinger Assad - ex-Prefeito Municipal

Conduta: Designou os servidores que liquidaram despesas sem comprovar a efetiva prestação do serviço (culpa in eligendo ou in vigilando).

Nexo: O pagamento por serviços sem comprovação de sua execução resultou em possível dano ao erário, no valor de R\$15.379.085,98 (quinze milhões trezentos e setenta e nove mil e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos).

(...) sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade (realçamos).

Essa Conduta e Nexo Causal é a mesma para os itens 4.3, 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3 e 4.4-cujos descritivos de 'irregularidades' guardam o mesmo teor do item 4.2 - Deficiente Controle na Realização dos Serviços. O Auditor faz questão de apontar entre parênteses que a culpabilidade do Gestor repousa na '*culpa in eligendo/in vigilando*'.

Vamos tratar dessa matéria.

#### 1.2.Uma Conduta legal sem Nexo Causal com 'irregularidade'

Extrai-se da Instrução Técnica Conclusiva:

Conduta: Designou os servidores que liquidaram despesas sem comprovar a efetiva prestação do serviço (*culpa in eligendo e in vigilando*).

Nexo: O pagamento por serviços sem comprovação de sua execução resultou em possível dano ao erário, no valor de R\$15.379.085,98 (quinze milhões trezentos e setenta e nove mil e oitenta e cinco reais e noventa e oito centavos) (...) sujeito a ressarcimento em caso de não comprovação de regularidade.(realçamos)

A designação de um Servidor para atuar como Fiscal em Contrato firmado pela Administração é ato legal, correto, adequado e inerente à Função/Cargo do Chefe do Executivo.

Irregularidade cometeria ele se não o fizesse.

Assim, a Conduta que, em tese, deve provocar o Dano guardando com o mesmo um Nexo Causal precisa ser NECESSARIAMENTE irregular, ilícita, eivada de dolo ou culpa por omissão, imperícia ou negligência.

Não se pode imaginar um Conduta Lícita e Regular que guarde Nexo Causal com uma Irregularidade, vindo seu autor a ser responsabilizado por algum dano que a mesma cause.

Seria o mesmo que condenar o Presidente do Tribunal de Contas por ter assinado Ordem de Serviço designando determinado Servidor para realizar Auditoria tendo este, no cumprimento de sua tarefa, cometido uma irregularidade, alegando-se um inexistente Nexo Causal entre essa Irregularidade e a Conduta que se manifestou na assinatura da Ordem de Serviço.

Não há nenhum Nexo Causal entre a Conduta: designar Servidor para Fiscalizar Contrato e o 'pagamento por serviços sem devida comprovação' que teria provocado o suposto Dano ao Erário.

O descritivo da 'irregularidade' trazido na Manifestação Técnica aponta para uma 'deficiente Fiscalização na prestação dos serviços'- que também não guarda Nexo Causal com o ato da designação de Servidor para essa Fiscalização, que é procedimento legal e regular.

### 1.3. Culpa *in eligendo/in vigilando*

O Auditor aponta a culpa *in eligendo/in vigilando* para caracterizar a Responsabilidade do Chefe do Executivo no ressarcimento de eventual dano que procedimentos de Servidores venham a causar aos Cofres Públicos.

Trata-se de um engano.

Há uma clara limitação à culpa *in eligendo ou in vigilando* para imputação de responsabilidade solidária e determinação de ressarcimento ao Gestor.

Ela é balizada pela possibilidade concreta de o Administrador – como homem comum - identificar eventuais irregularidades nos Processos que lhes são submetidos pelos Agentes responsáveis pelos procedimentos, ou de sua efetiva e concreta participação na gestão dos atos executórios da avença considerada.

Vamos analisar cada um dos dois aspectos mencionados.

#### 1.3.1. A figura do homem comum

A figura do homem comum e sua capacidade de perceber erros na tomada de decisões, ante documentos e descritivos que lhe são apresentados, é fator de peso na Responsabilização do Gestor.

Vejamos como o próprio TCU delimita 'esse alcance' do Gestor na supervisão dos atos de seus Subordinados, identificando a condição para que perfaça a *culpa in vigilando ou in eligendo*:

Tribunal de Contas da União

TC 003-864/2004-8

Natureza Relatório de Auditoria

Entidade: Prefeitura Municipal de Campina Grande/PB

Relator: Ministro Benjamin Zymier

(...)

12. Ao analisar a existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotarei como parâmetro para comparação a conduta esperada de um homem médio, diligente e probo - o equivalente ao princípio romano do *bônus pater familiae*.

O posicionamento do Ministro é claro: a identificação da culpa – por negligência, imperícia ou imprudência - parte da análise da conduta tendo como parâmetro para a configuração da mesma, o comportamento do homem médio.

Na mesma linha:

Tribunal de Contas da Unido

Processo TC 020.495/2009-7

Natureza: Tomada de Contas Especial

Unidade: Prefeitura Municipal de Miracema/RJ

(...)

4.1.10. E, nesse sentido, será preciso avaliar a conduta do Prefeito Municipal, isto é, perquirir que tipo de ato praticou. O entendimento nesta Corte de Contas é no sentido de atribuir responsabilidade a tais autoridades por **'irregularidades grosseiras, avaliadas sob enfoque amplo, ocorridas na condução de assuntos de sua competência'** conforme expõe o Voto condutor do Acórdão 213/2002-Plenário. (grifo no original)

Somente as irregularidades grosseiras, visíveis e identificáveis pelo homem comum em uma análise de matéria que lhe é submetida, podem carrear responsabilidade sobre o Gestor.

A Doutrina não entende de forma diferente:

*Pode ser a culpa in concreto e in abstracto. Considerar-se á in concreto quando, no caso sub judice, limitar-se ao exame da imprudência ou negligência do agente; e in abstracto. Quando se fizer uma análise comparativa da conduta do agente com a do homem médio ou do normal, isto é, do diligens pater familias dos romanos.*

Há de se destacar, no direito civil brasileiro, que prevalece o critério da culpa *in abstracto*, devendo-se aferir o comportamento do agente pelo padrão admitido, embora os arts. 1251 e 1266 preceituem que a sua apreciação é *in concreto*. Mas tal apreciação visa apenas encarecer a conduta do agente.

Ainda a Doutrina:

Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas. Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções.

Impossível ao Prefeito Municipal, ante um Processo com centenas de folhas, identificar uma inadequada ou incorreta interpretação de dispositivo legal, feita por Procurador Municipal, em que se dá amparo a determinada contratação ou válida Processo Licitatório.

Menos, ainda, que ao autorizar pagamento de despesa – atestada por Servidor especificamente designado — identifique, em análise formal das peças que lhe foram submetidas, uma irregularidade decorrente de execução dos serviços pela Contratada.

Não há como promover qualquer Responsabilidade Solidária ao Gestor Marcus Vinicius Doelinger Assad por atos praticados de forma lícita, por força de seu Cargo, a partir de documentos que lhes foram trazidos pelos Agentes competentes, **SEM QUE HOUVESSE NOS MESMOS ERROS GROSSEIROS PASSÍVEIS SEREM IDENTIFICADOS PELO HOMEM COMUM.**

Não cabe a pretensa culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, tendo havido o entendimento equivocado da área técnica que a mesma tem caráter absoluto, sendo o Prefeito Municipal solidariamente responsável por eventuais atos irregulares de seus Subordinados imputando-lhe uma solidariedade em ressarcimento que é totalmente descabida.

Temos, portanto, como não atendido o primeiro requisito essencial para que se caracterize a culpa *in vigilando/eligendo* que permite imputar Responsabilidade Solidária ao gestor quanto a atos de seus subordinados que venham a promover dano ao Erário.

Vamos ao segundo requisito exigido para caracterizar a culpa *in eligendo/in vigilando* que os Auditores afirmam ter ocorrido.

#### 1.3.2. A gestão da avença

A conduta do Prefeito, em relação a situações que venham a causar lesão ao Erário, deve ser medida por sua participação na gestão da avença, isto é, deve haver um nexos causais entre o seu ato e o resultado que se concluiu por ofensivo ou irregular.

Informa o Tribunal de Contas da União:

Tribunal de Contas da União

Processo TC 020.495/2009-7

Natureza: Tomada de Contas Especial

Unidade: Prefeitura Municipal de Miracema/RJ

(...)

4.1.9 O próprio Acórdão n<sup>o</sup> 46/2006-Plenário, citado pelo ex-prefeito, traz elementos que orientam as questões suscitadas quanto à responsabilização dos agentes políticos. Consigna o referido decisum, que, caso o gestor municipal, além de celebrar o convênio, pratique atos administrativos relacionados com a execução da avença, deve ser responsabilizado solidariamente por um débito eventualmente apurado.

O entendimento é claro.

A autorização de pagamento -inerente à função do Prefeito – não representa ato de execução da avença ou de gestão da mesma, vinculando-se a um procedimento de gestão que antecedeu à autorização conduzido por Servidor competente.

No julgado cujo trecho acima se transcreveu, O TCU entendeu que o Prefeito Municipal havia praticados Atos de Gestão, ao orientar o procedimento dos Setores executantes na compra dos bens e promovido pagamentos antes da contratação se realizar. Daí a existência, nesse caso, denexo causal entre o ato do Prefeito e o resultado lesivo ao Erário.

Inteiramente distinto do que ocorreu em Anchieta, onde nenhum ato de gestão foi praticado pelo Prefeito Municipal.

Vejamos outro julgado do TCU, em que esse ponto é abordado, inclusive com a menção à não responsabilização do Prefeito Municipal:

Tribunal de Contas da União

TC 003-864/2004-8

Natureza Relatório de Auditoria

Entidade: Prefeitura Municipal de Campina Grande/PB

Relator: Ministro Benjamin Zymier

Sumário: Auditoria. Convênios. Prefeitura Municipal de Campina Grande/PB. Fundo Nacional de Saúde. Índícios de irregularidades e de dano ao erário. Considerações sobre a responsabilidade subjetiva de agentes públicos, as hipóteses de atribuição de responsabilidade a agentes políticos e a imputação de débito a pessoas Jurídicas de direito público. (...)

(...)

33. Foi proposta a citação solidária do Sr. Cássio Rodrigues da Cunha Lima, ex-Prefeito Municipal de Campina Grande (PB) em decorrência da diferença de preços citada nos parágrafos 26 e 29 acima. Em conformidade com o exposto nos parágrafos 17 e 19 deste Voto, a responsabilização do gestor municipal só será responsável se ele, além de assinar o convênio ou o contrato, tiver praticado atos administrativos relativos com a gestão da avença. No presente caso, entendo não ter restado demonstrada a prática desses atos.

Consequentemente, não acolho essa proposta da unidade técnica.

Não se pode considerar como ato de gestão de determinada avença, ou atividade, os atos funcionais decorrentes do Cargo do Gestor, tais como assinar Contratos, homologar Pareceres Jurídicos ou autorizar pagamentos por serviços prestados.

#### 1.4. A Solidariedade

A solidariedade, em termos de Obrigação, é regida pelo Código Civil Brasileiro - artigos 264 a 285 - tendo os regramentos do Codex de 1916 sido aproveitados no atual diploma.

Dele se extrai:

Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Não pode haver presunção de solidariedade.

Uma Responsabilização Solidária que não se amolde à Lei é inválida.

Não há como responsabilizar solidariamente alguém se não há previsão legal para tanto, ou se não há acordo entre partes que a autorize.

Exemplificando:

Na Administração Pública, havendo lesão causada a terceiro pela conduta ou ato funcional de um Servidor, caberá à Administração indenizar o lesado termos do artigo 43 do Código Civil - podendo haver a Ação Regressiva sobre o autor do procedimento lesivo, em que se deverá demonstrar sua culpa.

Esse Servidor, no que tange à Indenização/Ressarcimento ao terceiro não responde solidariamente com a Administração.

Idêntico raciocínio deve ser adotado quando, diante de um procedimento supostamente irregular de um Servidor que tenha causado lesão ao Erário, não há uma Solidariedade presumida o priori, em relação à figura do Gestor com fulcro na sua Responsabilidade pelos atos praticados por seus Subordinados.



Haverá necessidade, para que essa Responsabilidade geradora da solidariedade se caracterize, que se prove sua culpa em relação ao ato considerado irregular.

Retorna-se ao conceito da culpa *in eligendo e in vigilando*, sem a qual a Solidariedade na obrigação é descabida.

#### 1.5. A Responsabilidade Objetiva

A Responsabilidade que promove a sanção, independentemente de culpa daquele é responsabilizado, encontra-se no Livro III, Título IX, Capítulo I do Código Civil Brasileiro onde, em diversos preceitos, se aponta a Obrigação de Reparar independentemente da ocorrência de culpa por parte do Agente.

No que tange à Administração Pública essa responsabilização encontra-se no artigo 43 do Codex.

É a Responsabilidade Objetiva, que não demanda culpabilidade para responsabilização.

Ela não é presumida, devendo ser prevista em Lei, com delimitação '*numerus clausus*' pelo diploma que a instituir.

Assim, a Administração Pública responde pelos danos causados por atos praticados por seus agentes que tenham ferido direito alheio, tal como o empresário responde pelos danos causados por produtos que ponham circulação, ou o empregador por seus empregados quando realizando suas tarefas, ou o dono do animal por lesão por este causada etc...

Não há Responsabilidade Objetiva quanto à figura do Agente Público Político, em relação a irregularidades que venham a ocorrer na Administração, por falta de provisão legal.

É determinante a existência de culpa do mesmo para que se lhe possa imputar responsabilização e o competente ressarcimento/indenização.

Essa Culpa - sob qualquer de seus aspectos - para que seja caracterizada, tem amparo no artigo 927 do Código Civil na forma indicada nos artigos 186 e 187 do mesmo diploma, isto é, deve haver prova da ocorrência de ato ilícito por parte do Agente, motivada por omissão voluntária, imprudência ou negligência.

A culpa *in eligendo/in vigilando*, para que se determine reparação de dano (ressarcimento) insere-se na modalidade prevista nos artigos 927, 186 e 197 do Código Civil, não podendo ser confundida - como normal e erradamente se faz - com Responsabilidade Objetiva.

Inexistindo prova de omissão, imprudência ou negligência por parte do Agente Político, não há como imputar-lhe uma Responsabilidade por atos praticados por Servidores Subordinados, simplesmente pelo fato de ser Chefe do Executivo.

#### 1.6. Um julgado exemplar

O Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em recente julgado, decidiu sobre a questão da culpa do Gestor que demanda imputação de Ressarcimento Solidário, extraindo-se do Voto Vista -Vencedor;

TCEES

Processo 9033/2014

(...)

Vislumbro nos presentes autos que ao prefeito em tela foi imputado responsabilidade de maneira objetiva, dissonância com o entendimento prevalente deste Tribunal, tendo em vista que verifiquei às fis. 210 a ratificação dos termos da minuta do Edital em questão por parte do Subprocurador Geral, Dr. Alexandre Pinheiro de Oliveira, além do Parecer de fis. 452, também deste mesmo Subprocurador, que analisando as razões e contrarrazões do recurso impetrado naquela licitação - Pregão Presencial n- 19/13, ratificou e encaminhou o procedimento para posterior homologação do prefeito.

Deste modo, faço a análise da participação dos responsáveis apontados sob a ótica da responsabilidade subjetiva, vez que não pode ser imputado ao Ordenador de Despesa, neste caso, o Prefeito, que adjudicou e homologou o certame (Pregão Presenciais n. 19/2013), considerando o acompanhamento e apreciação do procedimento licitatório por parte da Pregoeira, bem como firmou o referido Contrato com respaldo em fundamentado Parecer Jurídico.

Nessa linha, não cabe sua responsabilização no procedimento licitatório em suas fases internas e externas, nem mesmo em atos que sucedem a licitação, como no caso de celebração de contrato.

Sobre o fato do Gestor decidir amparado em atos anteriores da Comissão de Licitação e Pregoeiro, assim se pronunciou o STJ no Julgamento do Recurso Especial 827.445 (2006/0058922-3), em voto-vista da MINISTRO TEOR! ALBINO ZAVASCKI:SP

(...) ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92.

## ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA.

### IMPRESINDIBILIDADE.

(...)

3. É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.

(...)

Trata-se da afirmação quanto à impossibilidade de imputar-se Ressarcimento Solidário ao Gestor por ato funcional, decorrente de cargo, e que não se inserem nos procedimentos operacionais dos Setores/Agentes competentes, e não estão viciados por imprudência, imperícia ou negligência.

A Autorização de Pagamento - tal como a Homologação de Certame Licitatório - é ato formal, inerente ao cargo e que, estando amparada em documentação hábil, emitida pelo Setor/Agente responsável, não pode carrear ao Gestor responsabilização geradora de Ressarcimento em virtude de irregularidade, não identificável pelo homem médio, existente na mesma.

O julgado amolda-se, inteiramente, à Responsabilização com imputação de Ressarcimento de que foi alvo o Prefeito Municipal no bojo dessa Instrução Técnica Inicial ITI 1070/2015 e Manifestação Técnica Preliminar MTP 456/2015.

#### 1.7. Conclusão

Temos, portanto, que nem sob o aspecto da conduta esperada do homem médio, nem da prática de atos de gestão na condução das avenças, cabe imputação de culpa ao Prefeito Municipal - seja ela *in vigilando* ou *in eligendo*, posto que são modalidades que, necessariamente, devem amoldar-se a uma condição de comportamento imprudente ou negligente - o que não ocorreu nos casos trazidos pela área técnica.

A questão da existência efetiva do dano -indicado pela área técnica – será devidamente abordada em cada um dos casos apontados como irregulares, apesar de sua ocorrência ou/não em nada interferirem na formação da culpa.

Neste momento cabe apenas reafirmar - com suporte na Doutrina e Jurisprudência - que descabe imputar responsabilização solidária ao Prefeito Municipal nos casos analisados pela área técnica, na medida em que não foram atendidos os requisitos essenciais para a caracterização de sua culpa.

Entendimento contrário, acolhendo uma absurda tese do absolutismo da culpa *in eligendo/in vigilando* conduziria a uma Responsabilidade Objetiva para todos os Gestores que se veriam solidariamente responsáveis por atos irregulares cometidos por seus Subordinados, tornando impossível a Gestão da coisa pública, posto que exigiria do Administrador conhecimento técnico e jurídico especializados, além de um alcance de controle impossível de ser praticado - daí o instituto da Delegação de Competência.

Repetimos:

A Delegação de Competência não exime a Responsabilidade daquele que delega, não representando esta, entretanto, uma Responsabilidade Objetiva, absoluta, geradora de solidariedade na obrigação de reparar dano causado.

Ela demanda a prova de culpa que, no caso do Administrador Público, é conhecida como culpa *in vigilando/in eligendo*, a qual, não sendo absoluta impõe requisitos para sua aplicação, conforme expusemos.

Não tendo havido omissão do Prefeito, ou erros grosseiros identificáveis pelo homem comum nos documentos que lhe foram apresentados pelos Subordinados e, não tendo ele praticado nenhum Ato de Gestão nas avenças firmadas pelo Município, é descabida a imputação de Responsabilidade Solidária ao mesmo por atos irregulares que eventualmente tenham sido praticados no âmbito da Administração, de forma absoluta, com imposição de Ressarcimento a eventuais danos por eles causados.

#### 1.8. Pedido Preliminar

Como Pedido Preliminar solicita-se a essa Corte que, tendo em vista a Conduta do Chefe do Executivo não preencher os requisitos da culpabilidade que, na culpa *in eligendo/in vigilando*, determina o Ressarcimento Solidário por eventual dano ao Erário, pede-se que sejam afastadas as seguintes irregularidades trazidas na Instrução Técnica Inicial 1070/2015 e Manifestação Técnica Preliminar 456/2015 sob os números:

- 4.2, 4.3.2, 4.3.3 e 4.5 - Liquidação de despesas sem comprovação da efetiva prestação do serviço
- 5.1 - Pagamento indevido a título de reajustamento.

em relação ao Senhor Marcus Vinicius Doelinger Assad, uma vez que sua manutenção caracterizaria Responsabilidade Objetiva, não passível de aplicação no caso presente.

**Análise:**

*Prosperam os argumentos de defesa, tendo em vista o contexto probatório contido nestes autos, uma vez que não se pode exigir que a autoridade máxima de um Órgão examine todos os atos praticados pelos seus subordinados e antecessores, em homenagem ao princípio da segregação de funções, sobretudo, quando existe responsabilidade direta de outros agentes públicos.*

*Nessa linha, ao expedir um ato, devem ser verificados pelos agentes superiores se os atos anteriores possuem os elementos formais, mas é impossível exigir-lhes que praticamente refaça-os todos, pois o agente, do ponto de vista da Administração Pública, deve partir do pressuposto de que os atos de seus antecessores que chegam para sua ratificação estão corretos.*

*Desta forma, não vislumbro nas hipóteses em questão a caracterização do nexo de causalidade da irregularidade com a atuação da agente apontado como responsável, e, tendo em vista que esse aspecto subjetivo se mostra determinante para a aferição da culpabilidade, entendo prejudicada a responsabilização do prefeito nas irregularidades ora apontadas.*

*Considerando, ainda, que a sanção deve ser aplicada na medida da culpabilidade do agente, ou seja, a responsabilidade deve ser individualizada, o que não ocorreu nos presentes autos, entendo que a ação punitiva por parte deste Tribunal deve ser mitigada.*

*Nesse sentido, trago a lume doutrina sobre a matéria, como seguem transcritas:*

“ Há muito tempo não se cogita, no âmbito dos tribunais de contas, a imputação de responsabilidade objetiva. Sempre a condenação terá por causa a responsabilidade subjetiva dos agentes. Por isso, é necessário demonstrar o dolo ou culpa, pelo menos em sentido lato, para justificar a imputação de débito ou multa” .

“(…) Ou seja, não há, em princípio, responsabilidade do ordenador de despesa pelos atos dos seus subordinados que exorbitem das ordens recebidas, demonstrando que a sua responsabilização decorre da comprovação de culpa.”

“É, portanto necessário, além da comprovação do fato e sua relação causal com a conduta do servidor, que se comprove ainda que tal conduta ensejou ânimo no mínimo culposo. Dito de outra forma, a responsabilização de índole punitiva tem

natureza subjetiva, não objetiva, carecendo que se comprove que o fato ocorreu em virtude de imperícia, negligência, imprudência ou que a conduta se deu com consciência e intenção pelo acusado.”<sup>2</sup>

“A culpabilidade é composta de três elementos que são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, quando falta algum desses elementos, inexistente a própria culpabilidade.”<sup>2</sup>

“(…) nas palavras de Alcides Munhoz Neto, erro ou ignorância “incidem sobre o processo formativo da vontade, viciando-lhe o elemento intelectual, ao induzir o sujeito a querer coisa diversa da que teria querido, se houvesse conhecido a realidade”.<sup>3</sup>

“São as particularidades de cada pessoa que deverão ser analisadas a fim de avaliar se era exigível conduta diversa. Se a conduta não é culpável, por ser inexigível outra, a punição é injusta, pois não há pena sem culpa.”

“(…) o ordenador de despesa, salvo conveniência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas, o que nos faz pensar que o legislador não albergou a culpa in vigilando do ordenador”.

*Não obstante, para uniformizar entendimento desta Corte de Contas, cito como precedentes os Processos TC nº 1989/2010 (Acórdão 232/2013), 5928/09 (Acórdão 304/13), 167/12 (Acórdão 231/13), 7384/12 (Acórdão 161/13), nos quais foram proferidos julgados no sentido de afastar a responsabilidade dos gestores, tendo em vista doutrina balizada sobre responsabilidade subjetiva, culpabilidade e erro escusável, da forma acima explicitada, em situações em que foram citados para responder por condutas (ações/omissões) realizadas por outros agentes, recaindo tal responsabilidade a tais ordenadores somente pela função que ocupavam como chefe máximo do órgão, como no caso concreto, sem indicação de que sua conduta foi incisiva para a irregularidade a ele apontada (nexo causal).*

*Deste modo, conclui-se pelo afastamento da responsabilidade do prefeito, senhor Marcus Vinicius Doelinger Assad, sobre as irregularidades dispostas nos itens 2.3/2.4, 2.5 e 2.6 da MTP 312/2018 que tratam, respectivamente, da **Liquidação de despesas sem comprovação da efetiva prestação do serviço - Pagamento***

***indevidos a título de valores do contrato original e dos aditivos/reajustamento; Pagamentos de serviços gratuitos a particulares e Pagamentos referentes a outros contratos, questões a seguir analisadas.***

### **2.1.2 Da ilegitimidade passiva do procurador municipal**

Pois bem, necessário separar duas situações: a possibilidade de procurador municipal responder perante essa Corte de Contas e os requisitos necessários para tanto.

Conforme mencionado no Parecer 4149/2021 do Ministério Público de Contas, temos que:

A jurisprudência mais recente já modulou o entendimento acima aventado, conforme consta no MS 36025 AgR, em que o Egrégio STF entendeu pela independência técnica e inviolabilidade de atos e manifestações no exercício da profissão:

*AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 36.025 DISTRITO FEDERAL*

***EMENTA:*** AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONDENAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO AO PAGAMENTO DE MULTA DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA DO ADVOGADO. ERRO GROSSEIRO OU INESCUSÁVEL NÃO DEMONSTRADO.** ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO. INVIOABILIDADE DE ATOS E MANIFESTAÇÕES NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA. RAZÕES DO AGRAVO INSUFICIENTES PARA INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DO JULGADO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

No mesmo sentido é o AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA 35.196 DISTRITO FEDERAL:

***EMENTA:*** AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE

*INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

**1. O advogado é passível de responsabilização “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional.**

**2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público.**

*3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador.*

*4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis porém de consequências incalculáveis”.*

*5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual.*

**6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso.**

*7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso*



*houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária.*

*8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia.*

*9. Agravo interno a que NEGO PROVIMENTO por manifesta improcedência.*

A própria jurisprudência do TCU também enfatiza o critério do dolo ou culpa como exigência para responsabilização solidária do parecerista, deixando clara limitação de sua responsabilização:

**ACÓRDÃO 442/2017-PRIMEIRA CÂMARA**

**ENUNCIADO:** *Nos casos em que o parecer técnico ou jurídico, por dolo ou culpa, induzir o gestor à prática de irregularidades, a responsabilização deve recair não apenas sobre o gestor, mas também sobre o parecerista.*

**ACÓRDÃO N.º 1857/2011**

**ENUNCIADO:** *Licitação de obra pública: 2 - Para a responsabilização de parecerista jurídico em processo licitatório é necessário que se comprove que, na emissão da opinião, houve erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa.*

**ACÓRDÃO 13375/2020-PRIMEIRA CÂMARA**

**ENUNCIADO:** *O parecer jurídico que não esteja fundamentado em razoável interpretação da lei, contenha grave ofensa à ordem pública ou deixe de considerar jurisprudência pacificada do TCU pode ensejar a responsabilização do seu autor, se o ato concorrer para eventual irregularidade praticada pela autoridade que nele se embasou.*

Pois bem, traçada a questão, é preciso avaliar se o parecer sob análise contém elementos suficientes para responsabilização do agente: Não é o caso.

Em linhas gerais, o equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira), é a relação de igualdade formada, de um lado pelas obrigações

assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá.

Referido instituto tem fundamento constitucional, na medida em que pode ser reconhecido no texto do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal:

*XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com **cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.**(Grifei).*

Em razão dessa proteção, quando algum dos lados da balança se altera, surge um desequilíbrio que pode ser resolvido de duas maneiras que visam à sua recomposição: o reajustamento de preços e o reequilíbrio econômico-financeiro.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro significa, portanto, manter a equivalência dos encargos da contratada e a remuneração devida pelo contratante durante a execução do contrato, isto é, conservar a equação econômico-financeira, como o era ao tempo da proposta apresentada no certame licitatório.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

*“O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei nº 8.666/93, art. 65, “d” e §6º).”*

Nessa seara, necessário salientar ainda que o equilíbrio econômico-financeiro é expressão ampla, que engloba o Reajuste (em sentido estrito), a Revisão (ou reequilíbrio) e a Repactuação, cada qual com sua peculiaridade.

O reajustamento é utilizado para remediar os efeitos da desvalorização da moeda (inflação) e pode ocorrer pela aplicação de índices previamente estabelecidos no edital e no contrato, no caso de obra, fornecimento de bens e prestação de serviços sem dedicação exclusiva de mão-de-obra. É o instrumento destinado ao realinhamento do valor do contrato em razão da elevação do custo de produção no curso normal da economia a fim de preservar a contraprestação devida à contratada em razão do processo inflacionário.

Para sua concessão, porém, é indispensável a observância do interregno mínimo de um ano, **contado da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir**. Tal previsão encontra-se expressamente prevista no art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III, da Lei 8666 e disciplinado também pelas leis 9.069/95 e 10.192/2001 (Plano Real).

*Lei 8.666/93*

*Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*

*(...)*

*XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;*

*Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*

*(...)*

*III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;*

*Lei 10.192/2001*

*Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.*

*§ 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.*

(...)

*Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.*

***§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.***

Marçal Justen Filho, de forma muito eloquente, manifesta o seguinte entendimento:

*“A equação econômico-financeira se delineia a partir do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagra a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então essa equação está protegida e assegurada pelo direito.”*

Verifica-se, portanto, a legislação traçou **critério objetivos** para contagem do prazo para aplicação do reajustamento, deixando margem para opção pelo que melhor atendesse a Administração, ou seja, poderá optar tanto pelo reajuste a contar do orçamento base confeccionado pela Administração ou da data limite para apresentação da proposta.

Registre-se, porém, que é comum (apesar de irregular) a falsa percepção de que o reajustamento somente deveria ser aplicado a partir do interregno mínimo de 12 (doze) meses a contar da assinatura do instrumento contratual, posto que seria o momento a partir do qual o vínculo obrigacional entre particular e poder público teria se estabilizado. Tal interpretação não se sustenta.

Tanto legislação quanto jurisprudência são robustas no entendimento segundo o qual **não é o contrato que faz “aniversário”, mas sim a proposta ou orçamento** – nesse caso, deve-se verificar qual foi o critério adotado para a partir daí verificar o marco inicial da contagem.

Além disso, **deve a Administração atentar-se para eventual hipótese em que o lapso temporal entre a formulação do orçamento base e a data limite para apresentação da proposta não sejam muito discrepantes, sob pena de configurar enriquecimento ilícito pelo poder público:**

*TCU. ACÓRDÃO 1750/2018 – PLENÁRIO. Relator: BENJAMIN ZYMLER. Processo: 000.795/2018-6.*

(...)

*Análises*

*Entende-se que a irregularidade resta confirmada, tendo em vista os fundamentos legais sobre critério de reajuste, inciso XI, art. 40 da Lei 8.666/1993 e arts. 2º e 3º, ambos da Lei 10.192/2001, que preveem o reajustamento do contrato desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.*

*Logo, se a data base do orçamento é de maio/2017 e a data de abertura das propostas é de janeiro/2018, decorrendo oito meses, o critério temporal para o caso em tela deveria ser a data do orçamento (maio/2017) sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração (peça 4, p. 6-34; e peça 2, p. 1 e 55, respectivamente).*

*Sendo assim, a jurisdicionada deverá retificar o critério de reajuste, de modo a adequá-lo às disposições legais.*

Nesse mesmo sentido:

*TCU. ACÓRDÃO 1658/2019 - SEGUNDA CÂMARA. Relator: ANDRÉ DE CARVALHO. Processo:000.874/2019-1.*

(...)

*28. Pelo exposto, seria possível concluir pela possibilidade, em tese, de se considerar a data base janeiro/2017 como válida para todo o orçamento elaborado pela Prefeitura de Teresina. Entretanto, a*

*questão da utilização de múltiplas datas base, e sua possível convalidação, perde relevo frente à presença de uma circunstância ainda mais grave, que é a existência de um lapso temporal de dois anos entre a data do orçamento e a de realização do certame, janeiro/2019.*

*29. Tal intervalo mostra-se demasiadamente excessivo, transbordando de qualquer razoabilidade e comprometendo, novamente, a validade do orçamento, bem como de eventual reajustamento eventualmente concedido pela Administração a fim de 'atualizar' os preços do contrato à data de janeiro/2019. Isso porque, em 2 anos, os preços de mercado de insumos relevantes podem ter tido variação distinta daquela contida nos índices financeiros.*

*30. Nesse sentido, destaca-se que o índice de reajuste previsto para o contrato é o Índice Nacional de Custo da Construção (INCC) (peça 8, p. 32) . Destaca-se, ainda, que itens importantes do orçamento (óleo diesel, servente e aço CA-50) , tiveram elevação nos custos que variaram de 16% a 41%, durante o período de janeiro/2017 a novembro/2018. No entanto, o índice de reajuste teve elevação de 7,82%.*

*31. Portanto, não se trata aqui de tecer juízo de valor sobre se a cláusula de reajuste de preços deve ter como data inicial a do orçamento ou a data de entrega das propostas, tendo em vista que, frente ao contexto, as duas soluções, legalmente possíveis dado que previstas na Lei 8.666/93, não se mostram adequadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.*

*32. Sobre o assunto, vejamos o que diz o Voto que acompanha o Acórdão 19/2017-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler:*

***'15. Primeiramente, é forçoso reconhecer que não existe um prazo ou período máximo que esteja positivado na Lei de Licitações e Contratos limitando a defasagem temporal entre a data de elaboração do orçamento estimativo da contratação e a data de divulgação da licitação ou de abertura das propostas.***

***16. De acordo com o art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os preços da proposta vencedora deverão estar de acordo com aqueles praticados pelo mercado. Desse modo, antes da realização de qualquer procedimento licitatório cabe ao gestor público realizar pesquisa de mercado com a finalidade de***

**elaborar orçamento, o qual será utilizado para se definir a modalidade de licitação, bem como proceder à necessária adequação orçamentária da despesa.**

17. Além disso, o aludido orçamento estimativo servirá como parâmetro de controle da exequibilidade e economicidade das propostas, constituindo-se instrumento essencial e obrigatório para que a comissão de licitação e a autoridade superior - que homologa o procedimento licitatório - verifiquem a pertinência dos preços contratados com aqueles praticados pelo mercado.

**18. Embora não seja aplicável à confecção do orçamento estimativo de obras públicas, a Instrução Normativa SLTI/MPOG 5/2014, que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, pode ser aplicada por analogia. O citado normativo estabelece que, para serem utilizadas como fonte de pesquisa de preços, as contratações similares de outros entes públicos devem estar vigentes ou terem sido concluídos nos 180 dias anteriores à data da pesquisa de preços. A referida IN ainda dispõe que no caso da pesquisa com fornecedores somente serão admitidos os preços cujas datas não se diferenciem em mais de 180 dias.**

19. Esse prazo de seis meses também já havia sido utilizado em alguns julgados desta Corte de Contas, a exemplo do Acórdão 3.516/2007-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, e do Acórdão 1.462/2010-Plenário, o qual apreciou situação semelhante à tratada nos autos. Na ocasião, o Ministro Marcos Bemquerer Costa fez as seguintes ponderações:

*'15. No que tange à utilização de pesquisa de preços com defasagem de sete meses, concordo com a 3ª Secex que a falha ficou evidenciada. Como descrito no Relatório precedente, diversamente do que foi afirmado pelo Chefe da AETI, o valor de referência usado no certame não foi o menor dentre os ofertados, mas sim a média das três propostas juntadas aos autos.*

16. Como é cediço, o mercado de Tecnologia e Informação é extremamente dinâmico e os preços dos produtos de informática, aí incluído o de softwares, tendem a cair com o passar do tempo, em função da acelerada substituição de tecnologias por outras de mais baixo custo.

17. Com efeito, é oportuno determinar ao órgão que, doravante, abstenha-se de utilizar pesquisa de preços defasadas em suas licitações, de modo a que o orçamento estimativo reflita, de fato, os preços praticados no mercado à época do certame'.

**20. Considerando que o interregno de seis meses entre a elaboração do orçamento e a abertura do certame seja aceitável para a licitação de obras públicas, cabe perquirir quais os procedimentos seriam exigíveis quando tal prazo fosse ultrapassado e a estimativa de custos se tornasse desatualizada.** Obviamente, o procedimento desejável seria realizar a atualização do orçamento estimativo com base nos últimos relatórios do Sinapi disponíveis e proceder a nova cotação com fornecedores e/ou prestadores de serviços, nos casos em que os serviços/insumos a serem orçados não fossem abrangidos pela referida tabela de custos. Outras fontes referenciais de preços, como publicações técnicas especializadas, contratações realizadas por outros entes públicos, sistemas referenciais de custos mantidos pelas esferas estadual e municipal também poderiam ser consultadas no processo de atualização do orçamento, conforme previsão constante do art. 6º do Decreto 7.983/2013.

21. Todavia, não se pode olvidar que tal procedimento pode ser bastante árduo e trabalhoso, notadamente em obras de grande vulto e complexidade como o caso ora avaliado, cuja planilha orçamentária é composta por centenas de serviços distintos.

22. Sopesando os problemas advindos da falta de atualização do orçamento e o ônus de realizar nova pesquisa de mercado, parece-me adequada uma terceira opção, aventada pela peça inicial da empresa representante, pois o problema seria parcialmente mitigado caso a data-base para efeitos de reajustamento contratual fosse referenciada à data de elaboração do orçamento estimativo da contratação, e não à data da entrega da proposta – critério utilizado no edital do MPOG.

23. Enfatizo que não há nenhuma ilegalidade no critério de reajuste previsto na Concorrência nº 2/2015, que se encontra integralmente aderente ao disposto nas Leis 8.666/1993 e 10.192/2001:

'Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de



que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...) XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela’.

‘Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir’.

**24. Como se vê, o gestor público pode adotar discricionariamente dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos: (i) a data limite para apresentação da proposta; e (ii) a data do orçamento. Ocorre que o segundo critério se mostra mais robusto, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas.**

25. Por esse motivo, entendo pertinente recomendar ao MPOG que, em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa a atualização da estimativa orçamentária da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária’.

33. O Acórdão 19/2017-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler, proferiu a seguinte determinação ao Ministério do Planejamento:

‘9.5.1. em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa e morosa a atualização da estimativa de custo da contratação, adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha

orçamentária, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, §1º, da Lei 10.192/2001'.

**34. Assim, pelo que se vê no caso tratado na decisão acima transcrita, a jurisprudência tem considerado como razoável um interregno de até 6 meses entre a data do orçamento e a de apresentação das propostas. Ademais, resta claro que, antes de se pensar sobre a data inicial de reajustamento do contrato, deve-se ter em mente a necessidade/obrigatoriedade de se proceder à atualização do orçamento, não por índices, mas pelos preços de mercado em data próxima à de publicação do edital.**

35. Não é possível, portanto, cogitar da utilização da data de elaboração do orçamento para fins de reajustamento do contrato como escusa para não se proceder à validação dos preços, frente aos praticados no mercado, próxima à data de publicação do certame. No caso ora tratado, um lapso de quase dois anos entre o orçamento e a data do aviso de licitação (14/12/2018, peça 9) demandaria o refazimento daquele, a fim de se verificar a sua adequabilidade/validade frente à realidade atual.

36. Na mesma linha, ainda que se pretendesse admitir a utilização de preços datados de janeiro/2017 em licitação a ocorrer em janeiro/2019, o fato é que o edital da Concorrência 41/2018, em seu item 20.1, previu que o reajustamento se dará a contar da data de apresentação das propostas, não permitindo, portanto, a concessão de reajuste com base na data do orçamento.

37. Ademais, como alegado pela representante, em resposta à impugnação do edital, a Prefeitura não aproveitou para corrigir a questão, tornado o reajustamento a contar da data do orçamento regra válida para todos os licitantes, o que demandaria a republicação do certame e a reabertura de prazo para apresentação das propostas. Ao contrário, a Prefeitura decidiu por deixar a cargo de parecer a ser elaborado pela procuradoria do município a decisão acerca da data a quo desse reajuste.

38. Tal resposta, além de criar uma contradição com o texto original do edital, gerou insegurança jurídica, causando dúvida sobre se haveria direito ao reajustamento ou não, face o grande lapso temporal decorrido entre a data de elaboração do orçamento e da entrega das propostas. Essa situação pode ter reduzido a competitividade do

*certame, frustrando seu caráter competitivo, ato vedado pela Lei de Licitações e Contratos.*

*39. Além disso, a previsão de que a regra aplicável seria decidida a posteriori, pela procuradoria do município, configurou violação potencial ao princípio da isonomia, ante a possibilidade de se conferir solução distinta à questão, a depender da empresa contratada.*

*40. Portanto, pelo exposto, o edital ora analisado encontra-se insusceptível de aproveitamento, seja pela ausência de comprovação da validade atual dos preços indicados no orçamento de referência, seja pela ausência de previsão de cláusula de reajustamento de preços contratuais que amenizasse tal distorção temporal, omissão esta que pode ter contribuído para o alijamento de interessados na contratação.*

Nota-se, portanto, **não haver dúvida sobre a faculdade de a Administração Pública optar pelo marco do reajustamento** (data base do orçamento ou apresentação das propostas), **desde que o lapso temporal entre o orçamento base e a data limite para apresentação da proposta não sejam superiores a 180** (cento e oitenta) dias, posto que período maior poderia impor o ônus da inflação exclusivamente ao contratado.

No caso específico sob análise, não seria possível considerar que o parecer apresentado pelo Procurador Geral do Município enquadra-se na hipótese de erro grosseiro, dolo ou culpa, afinal o referido procurador fundamentou sua decisão com base no art. 40 da Lei 8.666/93, artigo esse que, como dito acima, faculta à administração a fixação do reajuste tanto a partir do orçamento base quanto da data limite para apresentação das propostas.

Ainda que o processo refira-se à Pregão, cujo procedimento é conhecidamente mais célere e regido por norma específica, as normas gerais da licitação eram regidas pela então Lei 8.666/93, demonstrando que eventual responsabilização do parecerista não se revela adequada.

Diante dos argumentos expostos, **a responsabilização do Procurador Municipal, Sr. Munir Abud de Oliveira, merece ser afastada**, haja vista a ausência de comprovação de dolo, culpa ou erro grosseiro na emissão de seu parecer técnico.

[...]

Dessa forma, constata-se que, em tese, há possibilidade de procurador municipal ser responsabilizado quando emite um parecer jurídico, razão pela qual rejeito a

alegação de ilegitimidade, porém reconheço que para haver tal responsabilização necessário elementos que não estão presentes no caso concreto, conforme muito bem apontado no Parecer 4149/2021 do Ministério Público de Contas.

## **2.2 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA**

Em relação às supostas irregularidades que constam dos autos, para homenagear a economia processual, passa a trata-las em tópico único, considerando que todas estão prescritas, conforme demonstraremos abaixo.

A Instrução Técnica Inicial 1070/2015 sugeriu a citação de responsáveis em razão das seguintes irregularidades:

- a) Liquidação de despesas sem comprovação da efetiva prestação do serviço (subitens 4.2, 4.3.2, 4.3.3 e 4.5 da Manifestação Técnica Preliminar 456/2015);
- b) Pagamento indevido a título de reajustamento (subitem 5.1 da Manifestação Técnica Preliminar 456/2015);
- c) Prestação de serviços gratuitos a particulares infringindo o art. 37 da Constituição Federal (subitem 4.1.d da Manifestação Técnica Preliminar 456/2015);
- d) Pagamento por serviços referentes a outro contrato, infringindo o disposto no artigo 67, §1º da Lei 8666/93 e nos artigos 62 e 63 §2º, inciso III da Lei 4.320/64 (subitem 4.6 da Manifestação Técnica Preliminar 456/2015);

Os responsáveis citados, ainda que alguns apenas parcialmente, pelas irregularidades acima com base na Instrução Técnica Inicial 1070/2015 foram:

- Marcus Vinicius Doelinger Assad
- Waldemar da Silva Belém Jr
- Wilson Xavier de Souza
- Wellis Otávio do Carmo
- Delcy Dias Machado Filho
- Luiz Henrique Torres
- Armindo de S. Ribeiro Jr

- Francisco Salvador Netto - Sócio Administrador da empresa Salvador Empreendimentos Ltda – EPP

Estes responsáveis foram citados no ano de 2015, dessa forma já houve a incidência do prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 373 do Regimento Interno desta Corte de Contas, considerando que a citação válida (todas ocorridas no ano de 2015) interrompe a contagem do prazo prescricional, conforme o inciso I, §4º do art. 373 do mencionado Regimento.

De fato, houve uma segunda Instrução Técnica Inicial no ano de 2018 (ITI 00236/2018), sendo que, com base nesta, não teria transcorrido 05 anos desta Instrução Técnica até a presente data.

Acontece que a partir do momento em que há a interrupção da prescrição em relação à determinada irregularidade em razão da citação válida, não pode haver uma segunda interrupção caso haja nova citação pela mesma irregularidade, sob pena de inviabilizar a ocorrência da prescrição.

No caso concreto houve uma segunda Instrução Técnica Inicial para que fosse realizada uma análise mais aprofundada de matriz de responsabilidade, sendo acrescentado, também, o procurador jurídico como responsável e a pessoa jurídica contratada (na primeira Instrução Técnica Inicial houve a citação do sócio administrador da empresa).

As irregularidades presentes na Instrução Técnica Inicial 00236/2018 são as mesmas da Instrução Técnica Inicial 1070/2015. O valor total geral de ressarcimento de ambas também é igual.

Em relação aos responsáveis citados apenas na segunda Instrução Técnica Inicial seria possível argumentar a não ocorrência da interrupção da prescrição, porém eles foram o procurador jurídico e a empresa contratada. Em relação à empresa, por mais que ela tenha sido citada apenas na segunda Instrução Técnica Inicial, o sócio administrador já havia sido citado na primeira Instrução Técnica Inicial.

Já em relação ao procurador jurídico, não seria razoável imputar a responsabilidade solidária exclusivamente a ele (considerando que houve a prescrição em relação ao demais responsáveis solidários). Além disso, o Parecer do Ministério Público de Contas 04149/2021 sugeriu o afastamento de responsabilidade do procurador jurídico no caso concreto, em razão da ausência de comprovação de dolo, culpa ou erro grosseiro na emissão de seu parecer técnico (posição que acompanho).

Adentrando no tema prescrição. De modo tradicional e reiterado, é entendimento deste Tribunal de Contas e de outros, que em se havendo dano ao erário, esse seria imprescritível. Essa certeza ruiu como o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636886 (Tema 899), por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, por unanimidade, decidiu pela prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas, tendo o *decisum* transitado em julgado em 05/10/2021.

A tese formulada foi a seguinte:

*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.*

O que era polêmico, discutível, debatível, em suma, complexo, foi simplificado. Não há que se falar em imprescritibilidade do dano ao erário pura e simples.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais foi pioneiro ao aplicar a tese. Por meio de seu órgão plenário, decidiu, por maioria, acolher e aplicar nos processos de sua competência as teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal (Decisão Plenária no Recurso Ordinário nº 1.054.102), que é no sentido de que a pretensão de ressarcimento ao erário prescreve no mesmo prazo da pretensão punitiva, inclusive antes da formação do título executivo. Eis a ementa:

*RECURSO ORDINÁRIO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. TEMA 899 DO STF. RECONHECIMENTO. ARQUIVAMENTO. 1. Nos termos da tese fixada para o Tema nº 899 pelo Supremo Tribunal Federal, é prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário exercida pelo Tribunal de Contas, aplicando-se, enquanto não houver previsão específica em lei, os mesmos prazos estabelecidos para a prescrição da pretensão punitiva. 2. Transcorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a primeira causa interruptiva e a primeira decisão de mérito proferida no processo, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão ressarcitória desta Corte, nos termos do art. 110-E c/c art. 110-F, I, e art. 110-C, II, da Lei Orgânica.*

Na oportunidade, eventuais entendimentos no sentido de que casos envolvendo improbidade deveriam ter um tratamento diferenciado devem ser de antemão rechaçadas, considerando que esta Corte de Contas não apura atos de improbidade sob a ótica da lei específica, sendo assunto estranho a esta Corte.

Assim, dado o entendimento do Supremo Tribunal Federal, toda a nossa legislação interna carece de ser interpretada tendo como base a Constituição Federal, e como pano de fundo o *decisum* do STF, o que leva à clara conclusão pela ilegitimidade de qualquer dispositivo legal ou regimental que pugne pela imprescritibilidade (em qualquer caso) no âmbito de uma Corte de Contas, considerando que a imprescritibilidade é reservada pela Constituição Federal de 1988 para situações de extrema gravidade, como por exemplo em caso de racismo (art. 5º, XLII), e em caso de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º XLIV).

### 3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, divergindo integralmente do posicionamento da Área Técnica e acompanhando parcialmente o do *Parquet* de Contas, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de **Acórdão** que submeto à sua consideração.

## **LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA** **Conselheiro Relator**

### **1. ACÓRDÃO TC-1404/2021:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo voto do então relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, computado conforme o art. 86, § 2º do Regimento Interno, em:

**1.1. ACOLHER a ilegitimidade passiva** arguida pelo prefeito, **senhor Marcus Vinicius Doelinger Assad**, declarando-a para todos os efeitos.

**1.2. NÃO ACOLHER a ilegitimidade passiva** arguida preliminarmente pelo procurador municipal, **senhor Munir Abud de Oliveira**.

**1.3. ACOLHER** as razões de justificativa apresentadas pelo **senhor Munir Abud de Oliveira**, afastando-lhe a responsabilidade apresentada no item 2.2.2 da Instrução Técnica Conclusiva 05043/2020.

**1.4. EXTINGUIR** o processo sem resolução do mérito, tendo vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos deste Voto.

**1.5. DAR CIÊNCIA** na forma regimental, arquivando-se o feito após o trânsito em julgado.

**2.** Unânime, nos termos do voto do então relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, computado conforme o art. 86, §2º, do Regimento Interno.

**3.** Data da Sessão: 03/12/2021 - 56ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) e Domingos Augusto Taufner.

**4.2.** Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (relator, nos termos art. 86, § 4º do Regimento Interno).

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

**Presidente**

CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO MARCO ANTONIO DA SILVA

**Relator, nos termos art. 86, § 4º do Regimento Interno**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER



Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Subsecretária das Sessões**