



Acórdão 00302/2022-1 - Plenário

Processos: 04251/2021-5, 04042/2015-6

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMST - Prefeitura Municipal de Santa Teresa

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: MARCOS HUDSON GUETLER, ELIVANY GERALDINA ZAMPROGNO, R A SERVICOS DE CONSTRUCAO CIVIL EIRELI, MAR & SOL SERVICOS DE CONSTRUCAO CIVIL EIRELI, IVONETE BARBOSA MELLO HAND, ANTONIO CARLOS DE JESUS SANTOS, ROGERIO RAMPINELI, BRUNO CANICALI BERNARDI, VANDERLEI LIMA DE REZENDE JUNIOR, RENATA LIMA RAMPINELI, MINISTERIO PUBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

Recorrente: CLAUMIR ANTONIO ZAMPROGNO, JOAO BATISTA LUCHI

Procuradores: ADILSON JOSE CRUZEIRO (OAB: 12149-ES), EDMAR LORENCINI DOS ANJOS (OAB: 12122-ES), ANDRÉ LOUREIRO GARDI SILVA, Luiz Alberto Lima Martins, MARCUS MODENESI VICENTE

VOTO VISTA - PEDIDO DE REEXAME – PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA TERESA - CONHECER – DAR PROVIMENTO – REFORMAR ACÓRDÃO TC 00913/2021– PLENÁRIO – ACOLHER JUSTIFICATIVAS - AFASTAR RESPONSABILIDADES – DAR CIÊNCIA - ARQUIVAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelos senhores Claumir Antônio Zamprogno e João Batista Luch, em face do Acórdão TC 913/2021-6 – Segunda Câmara, constante do Processo TC 4042/2015-6, que considerou a representação parcialmente procedente, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO TC-913/2021:

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 relator, em:

1.1. Ratificar o Conhecimento da Representação, realizado pela Decisão Monocrática Preliminar 1158/2015;

1.2. Considerar a representação **parcialmente procedente**, nos termos do art. 178 do RITCEES;

1.3. Acolher as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis citados por meio da Instrução Técnica Inicial 357/2016, conforme quadro a seguir, e, por consequência, **afastar** os indicativos de irregularidades apontados nos **subitens 3.2, 4.1 e 4.2 da Manifestação Técnica 337/2016-9**:

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES
<p>Claumir Antônio Zamprogno Prefeito Municipal</p> <p>Mar & Sol Engenharia Ltda. Empresa participante da cotação de preços</p> <p>Renata Lima Rampineli da Silva Sócia-administradora da empresa Mar & Sol Engenharia Ltda., Procuradora da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda., Responsável técnica pelas empresas Mar & Sol Engenharia Ltda. e RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p> <p>Vanderlei Lima de Rezende Junior</p>	

<p>Sócio da empresa Mar & Sol Engenharia Ltda.</p> <p>Bruno Caniçali Bernardi Sócio da empresa Mar & Sol Engenharia Ltda.</p> <p>RA Serviços de Construção Civil Ltda. – EPP Empresa contratada</p> <p>Rogério Rampineli Procurador da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p> <p>Antônio Carlos de Jesus Santos Sócio da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p> <p>Ivonete Barbosa Melo Hand Sócia da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p>	<p>3.2 Fraude na coleta dos orçamentos</p>
<p>Claumir Antônio Zamprogno Prefeito Municipal</p> <p>Rogério Rampineli Procurador da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p> <p>RA Serviços de Construção Civil Ltda. Empresa contratada</p> <p>Antônio Carlos de Jesus Santos Sócio da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p> <p>Ivonete Barbosa Melo Hand Sócia da empresa RA Serviços de Construção Civil Ltda.</p>	<p>4.1 Subcontratação total do objeto</p>

1.4. Acolher as razões de justificativa apresentadas pelo senhor Marcos Hudson Guetler para afastar, apenas em relação a ele, o indicativo de irregularidade apontado no **subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016-9**;

1.5. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis citados por meio da Instrução Técnica Inicial 357/2016, conforme quadro a seguir, e, por consequência, manter as irregularidades apontadas nos **subitens 3.1 e 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016-9** (sem imputação de multa quanto à numerada em 3.3):

RESPONSÁVEIS	SUBITENS/ IRREGULARIDADES
Claumir Antônio Zamprogno Prefeito Municipal Elivany Geraldina Zamprogno Secretária Municipal de Obras	3.1 Especificação insuficiente do objeto
Claumir Antônio Zamprogno Prefeito Municipal João Batista Luchi Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura	3.3 Ausência de justificativa para o aditivo

1.6. Imputar multa individual de: R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao senhor Claumir Antônio e R\$ 500,00 (quinhentos reais) à senhora Elivany Geraldina Zamprogno, em razão da irregularidade apontadas **no subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016-9**, na forma do artigo 135, inciso II, da LC 621/2012;

1.7. Dar ciência aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013, encaminhando-se os autos ao Ministério Público de Contas para acompanhamento da multa aplicada nesta decisão;

1.8. Arquivar os presentes autos, na forma do art. 330, IV, da Resolução TC 261/2013.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 16/07/2021 - 32ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC que se manifestou através da **Instrução Técnica de Recurso 00395/2021-8** (peça 09), nos seguintes termos:

4 CONCLUSÃO

Pelo exposto, opina-se pelo **CONHECIMENTO** do presente Pedido de Reexame, e no mérito, opina-se pelo seu **NÃO PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o Acórdão TC 913/2021-6.

Por oportuno, sugere-se que os **autos do processo TC 5086/2016-9 sejam apensados aos presentes autos**, nos termos dos arts. 277 e 278 e seus §§ do RITCEES.

O Ministério Público de Contas através do **Parecer 4042/2015-6** (peça 17), da lavra do procurador Luciano Vieira, anuiu à proposta contida na Instrução Técnica de Recurso.

II. ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Em sede de admissibilidade, verifica-se que as partes são capazes, possuem interesse e legitimidade processuais.

Quanto à tempestividade, verifica-se que, de acordo com Despacho 35858/2021-2 da Secretaria Geral das Sessões –SGS, a notificação do Acórdão TC-913/2021-6, prolatado no processo TC nº 4042/2015-6, foi disponibilizada no diário Oficial Eletrônico deste Tribunal no dia 26/07/2021, considerando-se publicada no dia 27/07/2021, de sorte que o prazo para interposição do Pedido de Reexame venceu em 26/08/2021.

Nesse passo, tendo em vista que o expediente recursal foi interposto em 26/08/2021, tem-se o mesmo como **TEMPESTIVO**, nos termos do art. 408, §5º, do Regimento Interno do TCEES.

No que tange ao cabimento observa-se os autos do processo 4042/2015 referem-se à fiscalização, de sorte que, tratando-se o Acórdão TC 913/2021 de decisão definitiva, é correta a sua impugnação pela via do Pedido de Reexame, a teor do disposto no art. 408, caput, do RITCEES.

Desse modo, considerando que se encontram presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, decido pelo CONHECIMENTO do Presente Recurso de Reexame.

III. DA ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL

O cerne do presente Recurso de Reexame consiste na reforma do Acórdão TC 913/2021-6 da 2ª Câmara, proferido nos autos do Processo TC 4042/2015-6, no

sentido que de afastar as irregularidades e multa aplicada.

No tocante ao item **3.1 - ESPECIFICAÇÃO INSUFICIENTE DO OBJETO:**

Razões de Recurso

Com efeito, o acórdão concluiu por julgar irregulares as contas da recorrente pautado nas seguintes irregularidades:

2.3) Especificação insuficiente do objeto (subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016)

2.4) Ausência de justificativa para o aditivo (subitem 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016)

Com efeito, não há que se falar em responsabilidade do Prefeito Municipal em relação ao presente item.

Conforme consta da defesa do defendente nos autos originários, o Termo de Referência, elemento técnico utilizado para a contratação do objeto, foi elaborado pelo servidor Marcos Hudson Guetler, o qual, após participar de cursos de capacitação, possuiria os conhecimentos necessários para tal incumbência.

Ademais, conforme prevê o Decreto Federal nº 5.450/2005, em seu artigo 9º, inciso I, citado aqui por analogia, o responsável pela elaboração do Termo de Referência é a área requisitante e não haveria exigência de elaboração por profissional técnico específico, não se justificando uma eventual punição ao Prefeito Municipal.

De toda sorte, o serviço foi contratado com preço de mercado, executado e ao final realizado pagamento com recursos próprios da Prefeitura Municipal, consoante restou comprovado nos presentes autos.

Logo, a hipótese de ausência de conduta do defendente, à luz da matriz de risco adotada no âmbito do controle externo da Administração Pública, impossibilita a imputação de responsabilidade objetiva ao gestor.

Requer-se a reforma da decisão deste ponto do acórdão recorrido.

Sobre esse item, manifestou-se a Área Técnica desta Corte de Contas na Instrução Técnica de Recurso 000395/2021-8 (peça 09):

Conforme se verifica do Acórdão TC 913/2021-6, a 2ª Câmara desta Corte de Contas, acompanhando o entendimento expresso na Instrução Técnica Conclusiva ITC 3442/2020-6 (processo TC 5086/2016-9, em apenso), entendeu por omissas as condutas do senhor Claumir Antônio Zamprogno e da senhora Elivany

Geraldina Zamprogno, eis que, embora se tratasse de contratação emergencial, especificações mínimas deixaram de ser realizadas, mesmo diante do alerta contido no parecer jurídico, no sentido de destacar a obrigatoriedade do projeto básico aprovado pela autoridade competente em caso de contratação de obras e serviços de engenharia.

Acerca das argumentações apresentadas na petição de recurso, verifica-se que são similares àquelas trazidas por ocasião de sua defesa nos autos do processo TC 5086/2016-9, tendo sido detidamente analisados por meio da ITC 3442/2020-6. Desta forma, não havendo novas questões trazidas em sede recursal, entende-se desnecessária nova análise, eis que corroboramos integralmente com a análise constante da ITC 3442/2021 e encampada pelo Acórdão ora recorrido.

Destaca-se que, com relação às falhas na especificação do objeto licitado, a jurisprudência desta Corte de Contas caminha no mesmo sentido do acórdão objurgado:

Acórdão 178/2019-6 do Processo 05572/2018-7:

Conduta: Elaborar Termo de Referência para contratação de serviços de locação de impressoras/copiadoras com recarga de cartuchos e manutenção corretiva sem estudos prévios para subsidiá-lo.

Nexo: A ausência de estudos prévios indica que o termo de referência foi elaborado sem a devida demonstração da demanda da Prefeitura e da vantagem do modelo de contratação escolhido (franquia livre).

Desta feita, entendo que, as justificativas apresentadas pelo responsável, não foram suficientes para afastar a irregularidade, vez que a ausência de informação sobre o número de cópias, de fato, torna falha a especificação do objeto.

Assim, diante de todo o exposto, opina-se por não prover o recurso no ponto.

Pois bem, acerca das argumentações apresentadas pelo gestor na petição de recurso não vislumbro informações que acrescem às já prestadas no processo originário.

Assim, acompanho o entendimento da área técnica pela negativa de provimento no tocante a este item.

Em relação ao item 3.2 - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA O ADITIVO COM RELAÇÃO AO RISCO EMERGENCIAL

Razões de Recurso

De início, é preciso afastar a qualificação de ausência de justificativa para a formalização de aditivo para a prática, aqui apresentada, de justificativa insuficiente.

Da análise dos autos originários verifica-se, de plano, que houve a apresentação de justificativa para o acréscimo dos serviços, conforme apontado pela Secretaria competente, ainda que se admita a ocorrência de deficiência na justificativa ao não apontar, de forma objetiva, os logradouros que seriam submetidos aos serviços.

Não é demais destacar, todavia, que a demanda pela formalização do aditivo ocorreu em menos de quatro meses de execução do contrato, dentro, portanto, do prazo legal máximo de até 180 dias.

Não é demais destacar, ainda, que o estado de calamidade pública ocorrida naquela ocasião somente teve comparação histórica no Espírito Santo nos idos de 1979, tamanho o estado de devastação e degradação de nossas cidades pelas fortes chuvas. Com isso, a formalização amíúde e detalhada de procedimentos formais podem, sim, ter deixado de ser adotados por pequenas Prefeitura do interior. No caso, todavia, não houve malversação de recursos, sobrepreço ou desvio de recursos do erário.

Por fim, mas não menos relevante, a formalização do aditivo tem como fato gerador a mesma emergência que justificou a celebração do contrato originário, não havendo exigência legal de que ocorra nova emergência para a celebração do aditivo, se observado o prazo legal de até 180 dias. Há, no ponto, error in iudicando do Egrégio Tribunal de Contas, que precisa ser revisto em sede do presente recurso, com a devida vênia.

Requer-se, assim, a reforma do decisum.

Aqui, diz a Área Técnica na mencionada Instrução;

Análise

Sobre esse ponto, o Acórdão 913/2021-6, encampando integralmente as análises feitas por meio da ITC 3442/2020-6, entendeu por manter a presente irregularidade, eis que não houve justificativa suficiente apta a comprovar que a necessidade de acréscimo de serviço no quantitativo de 25% era decorrente da situação emergencial.

Destaca-se que, embora tenha sido mantida a irregularidade, não houve aplicação de multa aos responsáveis, em razão de ter se

constatado que “houve uma justificativa razoável para o aditivo contratual, ao mencionar a impossibilidade de utilização do serviço de topografia quando da contratação, embora isto não tenha sido aprofundado no processo administrativo municipal”.

O Recorrente, em suas razões recursais, entende que a irregularidade deve ser afastada por error in iudicando, reafirmando, pois em defesa no processo de fiscalização já havia trazido tal apontamento, que apesar de a justificativa conter certa deficiência, a mesma não pode ser considerada insuficiente, já que o Termo Aditivo foi firmado dentro do prazo de 180 dias e que o seu fato gerador decorre da mesma situação emergencial que autorizou a contratação originária.

Sobre tal alegação, destaca-se que a questão já foi detidamente analisada na ITC 3442/2020-6, cujas as análises e conclusões corroboramos integralmente.

Nesse sentido, enfatiza-se que a apresentação de uma justificativa genérica não satisfaz as exigências legais, haja vista que, no presente caso, não se demonstrou a correlação entre a necessidade de acréscimo dos serviços contratados e o risco que se pretendia limitar. Ou seja, era necessário demonstrar o nexo entre os serviços demandados e uma necessidade de caráter emergencial, que não poderia, naquele momento, se sujeitar a um processo formal de licitação. Ressalta-se, inclusive, que os gestores foram alertados pela procuradoria jurídica dessa necessidade e, mesmo assim, olvidando esta obrigatoriedade, firmaram o Termo Aditivo.

Assim, diante do exposto, opina-se por não prover o recurso no ponto.

Pois bem, alega o gestor que a irregularidade deve ser afastada por error in iudicando, reafirmando, pois em defesa no processo de fiscalização já havia trazido tal apontamento, que apesar de a justificativa conter certa deficiência, a mesma não pode ser considerada insuficiente, já que o Termo Aditivo foi firmado dentro do prazo de 180 dias e que o seu fato gerador decorre da mesma situação emergencial que autorizou a contratação originária.

Sobre tal alegação, verifica-se que o indicativo de irregularidade em análise está relacionado com a falta de precisão dos elementos técnicos que acompanharam a solicitação da contratação, a contratação foi levada a efeito sem que houvesse a representação da real demanda/necessidade da Administração Municipal, de acordo com a Manifestação Técnica 337/2016-9 – Processo 4042/2015-6, não foi

questionada a prorrogação de contrato emergencial e sim o acréscimo de quantitativo de serviço que não foi previsto à época da contratação.

Nesse sentido, a justificativa para o aditivo deveria demonstrar o nexo entre os serviços demandados e uma necessidade de caráter emergencial, que não poderia, naquele momento, se sujeitar a um processo formal de licitação. Ressalta-se que houve um alerta da procuradoria jurídica da necessidade de elementos técnicos na justificativa apresentada pelo Secretário Municipal de Obras.

Assim, acompanho o entendimento da área técnica pela negativa de provimento no tocante a este item.

Quanto ao item 3.3 - DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DO RECORRENTE – LEI Nº 13.655/2018, alega o Recorrente:

Razões de Recurso

Por fim, é de se destacar que, as recentes alterações realizadas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) por meio da Lei 13.655, de 2018, promoveram uma verdadeira “virada pragmática” no âmbito da responsabilização dos gestores públicos.

A LINDB, verdadeira norma de sobre direito, ou seja, cujos dispositivos normativos condicionam a interpretação e aplicação do direito público, estabeleceu novos e adequados parâmetros para que a aferição da responsabilidade dos gestores seja feita segundo critérios objetivos, que considerem a realidade enfrentada pelo gestor, os entraves, as ineficiências gerenciais históricas, as consequências práticas do processo de tomada de decisão e as limitações a cada gestor público está inexoravelmente submetido.

Em seu artigo 20 assim dispõe a LINDB:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único: A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

O artigo faz menção ao que os administrativistas convencionaram chamar de “consequencialismo”, pelo qual a estrita legalidade cede espaço para a juridicidade administrativa, ou seja, não será somente

a lei o parâmetro a ser observado, mas também o Direito como um todo, considerando-se as consequências práticas dos atos.

Como prevê o artigo 22:

“Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. §2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. §3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.”

Aponta a nova LINDB para o caminho de uma maior racionalidade e empatia com um cenário administrativo que está longe do ideal exigido em muitos processos de controle e, ainda mais, que convive com uma legislação que dá ensejo a mais de uma interpretação razoável. Temos aqui um verdadeiro mandamento de consideração da realidade. A nova LINDB, portanto, exige a contextualização na interpretação do direito, na aplicação das sanções e na eventual responsabilização dos gestores públicos. As novas diretrizes impostas pelo artigo 22 acima deixa claro que, tanto o processo de interpretação, quanto a atividade de controle, devem considerar a realidade, as circunstâncias práticas que podem limitar ou condicionar a ação do agente.

De fato, temos um exemplo da preocupação do legislador com a segurança jurídica de quem assume cargos cuja responsabilidade e nível de exigência são elevados ao nível máximo. Nesse particular, verifica-se muito claramente, que o erro formal na execução não pode ensejar a condenação de ressarcimento ao erário. Não é razoável, portanto, cogitar se pela possibilidade de responsabilização diante da realidade legal e fática apresentadas. Em artigo publicado na RDA em 2018, EDUARDO JORDÃO, professor da FGV Direito Rio, afirma:

“Não surpreenderia ninguém a afirmação de que um dos maiores objetivos do art. 22 é gerar uma empatia, por parte do controlador, com a situação e as vicissitudes do gestor. Está claramente subjacente ao dispositivo o raciocínio de que há um número considerável de gestores bem intencionados. Estes gestores podem até adotar medidas que não correspondam àquelas preferidas pelos controladores. Mas, sendo estas medidas razoáveis, eles merecem alguma proteção do direito”.

É bom que se diga que o artigo analisado da LINDB não trata de um salvo-conduto para todo e qualquer ato dos gestores, mas sim, da

necessidade de considerar-se toda a complexidade, as dificuldades e os entraves, a que o gestor, no caso o justificante, estava submetido, além, claro, do fato que a sua atuação sempre deu-se em consonância com os princípios que regem a Administração Pública e em observância aos posicionamentos dos órgãos de controle interno e externo. Aliás, nesta mesma linha de observância da boa fé e da segurança jurídica está o dispositivo previsto no artigo 28 também da LINDB. Nele encontramos uma verdadeira cláusula geral do erro administrativo a fim de proteger o gestor bem-intencionado.

Dispõe o art. 28:

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

Tem-se aqui mais um parâmetro fundamental a ser considerado na avaliação da conduta do agente público num meio que nem sempre a legislação conterà todas as respostas, no qual as circunstâncias fáticas, as urgências e outras demandas que exijam posturas proativas na prestação do serviço público, impõem, diariamente, que sejam feitas escolhas e tomadas decisões. É nesse contexto que, mais uma vez o legislador vem demonstrar a necessidade de proteção do gestor que não pode comprometer a continuidade da prestação do serviço público (no caso o regular funcionamento do sistema prisional), e assim, evitar o que alguns vêm denominando de “apagão das canetas”, situação pela qual o medo de agir e de ocupar cargos públicos tem sido caracterizada. Para esclarecer o que se infere do referido comando legal, recorre o justificante à doutrina de GUSTAVO BINENBOJM e ANDRÉ CYRINO, em artigo publicado na RDA em novembro de 2018:

“Haverá dolo quando o gestor agir com intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública. Ou, ainda o técnico que deliberadamente recomende algo indevido (e.g. um laudo médico que opine falsamente pela licença de um servidor público por razões de saúde). A demonstração da ocorrência de dolo, normalmente refletida em uma fraude, pressupõe exame de elemento subjetivo, o que traz dificuldade probatória, e dependerá de investigação cuidadosa. A ocorrência de erro grosseiro, no entanto, embora sugira a interpretação de conceito jurídico indeterminado, talvez possa ser mais fácil de ser verificado. (...)Mas não é qualquer erro que ensejará responsabilidade. Apenas o erro grosseiro, nos termos da lei, poderá conduzir algum tipo de punição. Será erro grosseiro, e.g. a aplicação de norma jurídica revogada, ou a decisão (e/ou opinião) que ignore a ocorrência de prescrição, a despeito de as informações pertinentes constarem do processo administrativo. Também será grosseiro o erro que aplique a legislação municipal para fins de licenciamento federal”.

Pelo que se vê, erros crassos e de fácil constatação, são erros grosseiros para o legislador. E somente esse tipo de erro e/ou a intenção deliberada de cometer irregularidades poderá ensejar a responsabilização do gestor público.

Para reforçar o ponto de vista doutrinário acrescenta-se o comentário de JULIANO HEINE, (Segurança Jurídica na Aplicação do Direito Público. Comentários à Lei 13.655/2018, Editora Jus Podium, Salvador: 2019, pp.162-163), quando estabelece uma correlação entre os conceitos de dolo e erro previstos na lei de improbidade e nas alterações promovidas pela Lei 13.655/18:

“Diante deste panorama, não ficou difícil considerar que, para a responsabilidade administrativa estar configurada, reclama-se a existência de um elemento subjetivo do autor do ato. Queremos destacar que é imprescindível que exista, aqui, verdadeira ilegalidade qualificada, ou seja, que o autor do fato tenha consciência de que está a praticar as condutas tipificadas e punidas. Por isto que se compreende que, especificamente quanto ao ato de improbidade administrativa, há a necessidade de provar a má fé (elemento subjetivo específico). Em outros termos, a presença da desonestidade ou da deslealdade do acusado é elemento nuclear à possibilidade de tipificação. Resumidamente, cabe refletir que o simples não cumprimento da lei não é suficiente para punição do agente estatal. Isto estava posto pela jurisprudência até a entrada em vigor da Lei n. 13.655/18(...)

Em outros termos, os atos ilegais e tipificados na legislação em pauta devem se mostrar fruto da desonestidade (dolo) ou da inequívoca e intolerável incompetência do agente público (culpa intolerável) ”.

Em outro trecho, arremata:

“Aliás, o art. 28 é justamente editado desta forma para que se afaste esta correlação, uma vez que reclama se conhecer as circunstâncias fáticas, o grau de responsabilidade com que o administrador decidiu, a realidade que estava diante quando da decisão etc. (v.g. arts. 20 a 22 inseridos pela Lei n. 13.655/18). E isto induz a uma motivação que não pode se pautar em uma culpa presumida, mas grave e, claro, provada”.

Não houve qualquer indício, por mínimo que seja, de conduta lesiva intencional ou erro considerado grosseiro da parte do defendente.

Conforme demonstram as fotos em anexo, bem como todo o arcabouço dos autos originários, o município de Santa Teresa enfrentou o maior estado de calamidade da sua história, com grave comprometimento à ordem pública e à fruição de serviços essenciais, como água e energia, para os seus cidadãos. Houve comprometimento ao sistema de comunicação e de transportes, com dezenas de ruas sem condições de trafegabilidade. Foi nesse trágico cenário que o recorrente, na qualidade de Prefeito Municipal, precisou apresentar soluções e respostas em tempo recorde, de modo que determinadas formalidades legais podem ter sido inobservadas nessa peculiar circunstância, mas sem que tivesse havido qualquer dolo, má-fé ou apropriação de recursos públicos.

Nessa esteira, considerando a ocorrência de meras irregularidades formais, é de rigor o afastamento dos indicativos de irregularidades ou, em homenagem ao princípio da eventualidade, a não aplicação de multa individual ao defendente, para que se restabeleça a plena justiça.

Por fim, assim disse a Área Técnica em sua manifestação sobre o item:

Análise

Neste tópico, é suscitada pelos Recorrentes a complexidade de interpretação da LINDB no que se refere à responsabilização dos gestores públicos, como argumento que justificaria o afastamento das irregularidades atribuídas. Citam, de modo especial, o artigo 28 da LINDB: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Os Recorrentes entendem que a realidade fática adversa vivida pelo município de Santa Teresa ao tempo dos fatos, que ensejou na contratação emergencial, deve ser levada em consideração na ponderação do caso. Assim, defendem a priorização da resolução das gravidades em tempo hábil, em relação ao atendimento adequado às formalidades legais.

Com o devido respeito, discordamos de tal afirmação, tendo em vista que o não atendimento das formalidades legais gera a falta de comprovação da real necessidade do quantitativo gasto na contratação, com ausência de informações suficientes para justificar e esclarecer a aplicação dos valores despendidos, o que resulta em um grande risco de dano ao erário, pela incerteza de se estar usando de uma dimensão correta, adequada ou justa de recursos. Considerando que a insuficiência de informações fere a legalidade do procedimento da contratação, conclui-se que de fato se trata de um ato reprovável e um erro grosseiro.

Ademais, é importante destacar que no presente caso, foi, sim, considerada a situação emergencial enfrentada pelo gestor. Contudo, destacou-se que os responsáveis foram omissos em observarem especificações mínimas exigidas por lei, embora alertados dessa necessidade pela procuradoria jurídica do município.

Assim, diante do exposto, opina-se por não prover o recurso no ponto.

Pois bem, é suscitada pelos Recorrentes a complexidade de interpretação da LINDB no que se refere à responsabilização dos gestores públicos, como argumento que justificaria o afastamento das irregularidades atribuídas. Citam, de modo especial, o artigo 28 da LINDB - Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), de

abril de 2018, regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, 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 no art. 28 da LINDB 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.

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.

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.

Nesse sentido, é a lição dos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

[...] O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública. (O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto> > Acesso em 25/05/2018)

A propósito, foi a partir desta ponderação que o Tribunal de Contas da União, ao julgar tomada de contas especial, reconheceu a responsabilidade do gestor por sua atuação com erro grosseiro (Acórdão TC 2677/2018 – Plenário – Processo TCU 000.168/2016-5 – Relatoria Min. Benjamin Zymler – Julgado em 21/11/2018):

[...]

Ao contrário do Parquet, entendo que a conduta da responsável se enquadra no disposto no art. 28 da nova LINDB, que prevê a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório pelo TCU. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, há sobre o assunto algumas hipóteses. No Acórdão 1.628/2018-Plenário, de minha relatoria, houve entendimento no sentido de adotar o critério do administrador médio para a aferição da presença ou não de erro grosseiro. A comparação com um “gestor médio” novamente foi efetuada no Acórdão 1.695/2018-Plenário (Min. Relator: Vital do Rêgo).

Avalio que o descumprimento literal de importante cláusula do Regulamento Licitatório da Petrobras possa ser tipificado como erro grosseiro, precipuamente no caso em que ora se examina, envolvendo licitações de bilhões de reais, que tiveram que ser repetidas após todas as propostas se situarem em valores superiores aos limites admitidos pela Petrobras. Pelo elevado vulto e importância das contratações, seria esperado da ex-gestora um especial zelo na prática de atos.

Consoante o exposto, rejeito as razões de justificativa da Sra. Venina Velosa da Fonseca, julgo irregulares as suas contas, e a condeno ao pagamento da multa prevista no art. 58, incisos I e II, da Lei 8.443/1992, cujo valor fixo em R\$ 59.988,01,00 (cinquenta e nove mil, novecentos e oitenta e oito reais e um centavo).

[...]

Assim, em que pese ser irrelevante para imposição do ressarcimento a aferição do grau com que se praticou o ato culposo para a reparação de danos ao erário apurado pelas Cortes de Contas, cabendo nestes casos a atuação na modalidade dolosa ou culposa, é imperioso destacar que a identificação da culpa grave ou dolo é condição relevante para o exercício da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, ou seja, para aplicação de sanções.

Este também é o entendimento estabelecido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, a saber (Acórdão TCU 2391/2018 – Plenário – rel. Ministro Benjamin Zymler – Processo 007.416/2013-0 – julgado em 17/10/2018):

[...]

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe

no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:
“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.” (grifos acrescidos).
[...]

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. [g.n.]

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.

Ademais, a sistemática constitucional e legal conferida aos Tribunais de Contas outorgou-lhes competências para buscar a reparação de prejuízo (art. 71, II, da CF), cabendo a esses órgãos de controle externo valorar atos e circunstâncias que ultrapassam os contornos mais restritivos dados pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Aliás, foi em torno da LIA que se firmou a jurisprudência atinente à exigência de culpa grave, a qual considerou a qualificação do elemento subjetivo da conduta do agente, na forma legalmente regulada.

Logo, para efeito de responsabilização perante os Tribunais de Contas, tem-se, portanto, a culpa grave como condição imposta ao exercício da pretensão punitiva, mas não como obstáculo ao dever de reparação do dano, pois aqui não se exige a qualificação do elemento subjetivo da conduta do agente, nem se concede ao julgador a possibilidade de exercer o juízo discricionário de impor ou não o ressarcimento, ao que está obrigado. Tudo em perfeita harmonia com a LINDB e a arquitetura constitucional e legal concernente a esta Casa.

No que diz respeito à realidade fática adversa vivida pelo município de Santa Teresa ao tempo dos fatos, que ensejou na contratação emergencial, constato ausência de informações suficientes comprobatórias para demonstrar o nexo entre os serviços demandados e a necessidade de caráter emergencial.

Ademais, é importante destacar que no presente caso, que embora o gestor tenha sido alertado pela procuradoria jurídica do município da falta de elementos técnicos na justificativa apresentada pelo Secretário Municipal de Obras, autorizou o aditivo contratual, tornando-se omissos em observar especificações exigidas em lei, ferindo o procedimento de contratação, conclui-se que se trata um erro grosseiro.

Assim, acompanho o entendimento da área técnica pela negativa de provimento no tocante a este item.

IV. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), acompanhando o entendimento técnico e ministerial, **VOTO** no sentido de que este Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

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

1. **CONHECIMENTO** do presente Recurso de Reexame, para, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o Acórdão TC 00913/2021-6, proferido nos autos do Processo TC 4251/2021;
2. **APENSAR** aos presentes autos o processo TC 5086/2016-9
3. **DAR CIÊNCIA** às partes acerca desta decisão;
4. **ARQUIVAR** após o trânsito em julgado.

SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro Relator

VOTO VISTA DO EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame, interposto pelos Srs. Claumir Antônio Zamprognó e João Batista Luch, em face do Acórdão TC 913/2021-6 – Segunda Câmara, proferido nos autos do Processo TC 4042/2015-6, que considerou a representação parcialmente procedente, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO TC-913/2021: 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 relator, em: 1.1. Ratificar o Conhecimento da Representação, realizado pela Decisão Monocrática Preliminar 1158/2015; 1.2. Considerar a representação parcialmente procedente, nos termos do art. 178 do RITCEES; 1.3. Acolher as razões de justificativa e alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis citados por meio da Instrução Técnica Inicial 357/2016, conforme quadro a seguir, e, por consequência, afastar os indicativos de irregularidades apontados nos subitens 3.2, 4.1 e 4.2 da Manifestação Técnica 337/2016-9:

(...)

- 1.4. Acolher as razões de justificativa apresentadas pelo senhor Marcos Hudson Guetler para afastar, apenas em relação a ele, o indicativo de irregularidade apontado no subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016- 9; 1.5. Rejeitar as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis citados por meio da Instrução Técnica Inicial 357/2016, conforme quadro a seguir, e, por consequência, manter as irregularidades apontadas nos subitens 3.1 e 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016-9 (sem imputação de multa quanto à numerada em 3.3):

(...)

- 1.6. Imputar multa individual de: R\$ 500,00 (quinhentos reais) ao senhor Claumir Antônio e R\$ 500,00 (quinhentos reais) à senhora Elivany Geraldina Zamprogno, em razão da irregularidade apontadas no subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016-9, na forma do artigo 135, inciso II, da LC 621/2012;

Permito-me, no que diz respeito aos demais pontos a serem relatados, fazer remissão aos relatórios destes autos já realizados por ocasião da elaboração da Instrução Técnica de Recurso 00395/2021, posteriormente complementada no Voto proferido pelo Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, durante a 8ª Sessão Ordinária do Plenário deste Tribunal de Contas, realizada em 24/02/2022, momento em que pedi vistas destes autos.

Ao final do *decisium*, concluiu o Relator pelo não provimento do recurso, encampando os argumentos fáticos e jurídicos apresentados pela equipe técnica através da Instrução Técnica de Recurso 00395/2021, mantendo incólume o Acórdão TC 00913/2021-6, proferido nos autos do Processo TC 4251/2021.

Tenho, no entanto, posição divergente em relação à interpretação dos fatos e fundamentos que integram o Voto do Relator 00821/2022, razão pela qual venho através deste voto vista propor deliberação diversa.

Assim sendo, peço vênia para, desde já, apresentar voto vista no qual passo a expor os fundamentos de fato e de direito pelo qual dirirjo de V.Exa. e, ao final, propor minuta de voto.

Sendo assim, passo à fundamentação.

II – FUNDAMENTAÇÃO

De plano, afirmo que acompanho o eminente Relator quanto a análise dos requisitos de admissibilidade do pedido de reexame apresentado.

Pois bem.

Conforme se verifica, tratam os autos de Pedido de Reexame, interposto pelo interposto pelos Srs. Claumir Antônio Zamprogno e João Batista Luch, em face do Acórdão TC 913/2021-6 – Segunda Câmara, proferido nos autos do Processo TC 4042/2015-6, que considerou a representação parcialmente procedente, concluindo por julgar irregulares as contas do recorrente em razão da presença das seguintes irregularidades: 2.3) Especificação insuficiente do objeto (subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016) 2.4) Ausência de justificativa para o aditivo (subitem 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016).

Assim sendo, os Srs. Claumir Antônio Zamprogno e João Batista Luch impetraram o referido Pedido de Reexame, aduzindo, em síntese, que restaria configurada a ausência de responsabilidade do Prefeito Municipal em relação ao **item a) especificação insuficiente do objeto (subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016)** afirmando no seguinte sentido:

Conforme consta da defesa do defendente nos autos originários, o Termo de Referência, elemento técnico utilizado para a contratação do objeto, foi elaborado pelo servidor Marcos Hudson Guetler, o qual, após participar de cursos de capacitação, possuiria os conhecimentos necessários para tal incumbência. Ademais, conforme prevê o Decreto Federal nº 5.450/2005, em seu artigo 9º, inciso I, citado aqui por analogia, o responsável pela elaboração do Termo de Referência é a área requisitante e não haveria exigência de elaboração por profissional técnico específico, não se justificando uma eventual punição ao Prefeito Municipal. De toda sorte, o serviço foi contratado com preço de mercado, executado e ao final realizado pagamento com recursos próprios da Prefeitura Municipal, consoante restou comprovado nos presentes autos.

Logo, a hipótese de ausência de conduta do defendente, à luz da matriz de risco adotada no âmbito do controle externo da Administração Pública, impossibilita a imputação de responsabilidade objetiva ao gestor.

Instada a se manifestar, a equipe técnica rechaçou os argumentos apresentados pelos recorrentes, entendendo que as alegações contidas no pedido de reexame não trariam fatos novos capazes de alterar o entendimento contido no Acórdão recorrido, razão pela qual opinaram, ao final, pelo não provimento do recurso, no que toca a este ponto.

A meu ver, contudo, a conclusão a ser empreendida deve ser outra, guardada a devida vênia ao posicionamento aqui externado, o qual fora encampado pelo Ilustre Relator e utilizado como razão de decidir em seu Voto.

Digo isto pois, ao proceder com a análise deste item no processo originário (Processo TC 4042/2015-6), tenho que algumas considerações mereçam destaque.

De início, se faz necessário rememorar que a irregularidade acima descrita diz respeito a um **Contrato Emergencial de Prestação de Serviços nº 002/2014**, celebrado no âmbito da Prefeitura Municipal de Santa Teresa, especificamente pela Secretaria Municipal de Serviços Urbanos, o qual fora objeto de Representação pelo Ministério Público em razão do suposto cometimento de irregularidades.

O Contrato *supra* “foi firmado com base no inciso IV, do art. 24 da Lei 8.666/1993 (dispensa de licitação em decorrência de situação emergencial), respaldado no Decreto Municipal nº 642, de 31/12/2013, tendo em vista as fortes chuvas e enchentes, ocorridas nos dias 21 e 24 de dezembro de 2013, as quais danificaram diversas vias públicas do município.”¹

Foram apontados como responsáveis do presente item apenas os Srs. Claumir Antônio Zamprogno (Prefeito Municipal); Marcos Hudson Guetler (Servidor Municipal) e Elivany Geraldina Zamprogno (Secretária Municipal de Obras), tendo sido afastada a responsabilidade do Sr. Marcos Hudson Guetler.

Ou seja, apenas o Prefeito Municipal e a Secretária Municipal de Obras foram responsabilizados.

Observa-se, até aqui, que o contrato foi firmado de forma emergencial, em razão de fortes chuvas e enchentes que acabaram por danificar inúmeras vias públicas do município, no exercício de 2014, isto é, há cerca de 8 (oito) anos atrás.

Outro ponto que merece destaque é que as irregularidades constantes dos itens b) fraude na coleta dos orçamentos, conluio e direcionamento da contratação; d) subcontratação total do objeto e e) superfaturamento, **restaram devidamente afastadas no Acórdão objurgado.**

¹ Acórdão 00913-2021, Processo TC 04042-2015

Nota-se, portanto, que quando da análise da Representação nos autos do Processo TC 4042/2015, ocasião em que os procedimentos de fiscalização levados a efeito não apontaram qualquer pagamento indevido, seja por superfaturamento ou fraude ou por divergência entre os valores contratados e aqueles praticados pelo mercado à época, restando ainda devidamente comprovado que o contrato se deu de acordo com os ditames legais, verificou-se, igualmente, que não houve conluio ou direcionamento na contratação.

Considerando todos estes fatos, é preciso que esta Corte analise de forma razoável a conduta perpetrada pelo Prefeito, vez que se torna contraditório sua responsabilização quando se examina toda a situação fática e os esforços empreendidos pelo mesmo.

No Acórdão 00913-2021 (Processo TC 04042-2015) o Relator assim se manifestou:

A fundamentação acima deixa claro que houve uma conduta omissa dos gestores, pois por mais que estejamos diante de uma contratação emergencial, especificações mínimas deixaram de ser realizadas.

Em razão dessa omissão dos gestores diante do Parecer Jurídico, não prospera a argumentação realizada em sede de sustentação oral de não responsabilização do então Prefeito Municipal, bem como de ausência de erro grosseiro (elemento necessário para responsabilidade de agentes públicos, conforme previsto no art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Ora, resta mais do que comprovado que a conduta do gestor á época dos fatos se deu de forma a buscar a melhor solução possível dentro de um cenário que demandava uma resposta imediata e urgente, tendo a contratação emergencial beneficiado toda a população, atendendo, portanto, aos interesses públicos exigidos pelo próprio Direito Público.

De todos os fatos aqui delineados, torna-se incongruente considerar que tenha havido dolo ou erro grosseiro na conduta no gestor capazes de ensejar sua responsabilização, e, ainda que possamos identificar certas falhas no procedimento de contratação sob análise, não vislumbro gravidade tal na conduta do responsável que justifique a manutenção da presente irregularidade.

Também não entendo justo, tampouco razoável que se responsabilize **apenas o Prefeito Municipal e a Secretária Municipal de Obras**, não só por tudo o que fora até o momento exposto, mas também em razão de que, quando de uma simples leitura

dos autos é possível entrever que participaram dos atos propriamente ditos toda uma cadeia de servidores/terceiros, não só apenas duas pessoas.

Neste sentido, adoto a bem fundada motivação de julgamento da lavra do E. Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Faria Chamoun, nos autos do Processo 3674/2004 (Acórdão 896/2016-Plenário) que, a seguir reproduzo parcialmente.

(...)

Sabe-se que a atuação da Administração Pública se concretiza não por meio de um único agente, o que seria inconcebível, mas por meio da segregação de funções estatais que, por sua vez, desdobram-se em uma teia de atribuições e competências que não podem ser ignoradas.

Assim, cabendo a cada agente a prática de determinado ato, a responsabilidade pelo resultado ilícito deve se restringir àquele que deu causa, isolada ou solidariamente.

Em todo o caso, **o feito deve estar adequadamente instruído e atendidos os pressupostos que permitam sua constituição e seu desenvolvimento válido e regular.** É o que se convencionou chamar no âmbito do Direito Processual de “pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”.

Em se tratando a processualística dos Tribunais de Contas de matéria peculiar, mas também afeta ao ramo do Direito Administrativo Sancionador, cumpre observar primordialmente as regras atinentes a esta Corte e também as lições trazidas pelo Direito Penal e Processual Penal, dos quais muito se aproxima o Administrativo Sancionador - dada a interferência que a atuação deste Tribunal pode gerar na esfera jurídica daqueles que submetem a sua jurisdição, já que sempre paira a possibilidade de impor sanções de natureza tanto pecuniária como restritiva de direitos. Da mesma forma, caberia também recorrer às diretrizes da Lei 9.784/99, que norteia o processo administrativo na Administração Pública Federal, ainda que por analogia.

Sendo assim, aproveitando as lições das outras searas do Direito, entendo como pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular dos processos submetidos a esta Corte, cuja inobservância, quando reconhecida, impede o avanço da apreciação para o mérito, os seguintes:

- a) Pressupostos de constituição: (I) Jurisdição e (II) competência do TC;
e
- b) De desenvolvimento válido e regular: (I) matérias que compõem o juízo de admissibilidade (em caso de representação e denúncia); (II) qualificação do(s) agente(s); (III) narrativa do fato ilícito e suas circunstâncias, contendo a descrição adequada e individualizada da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa imputada ao agente, do resultado produzido ou que deveria ter sido produzido (em caso de conduta omissiva), do nexos de causalidade entre a conduta e o resultado produzido ou que deveria ter sido produzido, indicação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), indício de boa-fé (erro de fato ou erro de direito escusável - art. 157, §2º, RITCEES) e, havendo mais de um responsável, a descrição da

participação individualizada de cada um; (IV) enquadramento normativo com a descrição adequada da norma constitucional, legal ou regulamentar infringida; (V) apuração e quantificação de dano, se houver, ainda que por estimativa (Art. 164 §1º RITCEES); (IV) acervo probatório, ainda que indiciário, que corrobore as imputações feitas; (VII) citação válida e comunicação adequada dos demais atos processuais; (VIII) observância às oportunidades de defesa e contraditório; (IX) imparcialidade do julgador (por isso as hipóteses de impedimento e suspeição); e (X) unicidade (inexistência de coisa julgada ou litispendência).

Ressalto que dentre tais pressupostos, alguns se mostram insanáveis se não atendidos, como os pressupostos de constituição do processo (jurisdição e competência) e, por exemplo, o direcionamento equivocado da responsabilidade que, neste caso, impede o seguimento do feito e o pronunciamento final de mérito.

Voltando ao cerne deste debate, **penso que a adequada narrativa do fato ilícito e de suas circunstâncias, como descrevi, deve assumir posição de suma relevância no julgamento dos feitos por este Tribunal, já que tal pressuposto, se não atendido, repercute, primeiramente, como frontal agressão à garantia constitucional da ampla defesa, podendo acarretar a injusta condenação com base na teoria da responsabilidade objetiva**, a qual independe da aferição de culpa e de outros elementos que influenciam diretamente na cominação da pena, como é o caso das excludentes de ilicitude (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal, caso fortuito ou força maior, fato de terceiro, culpa exclusiva da Administração e sentença penal absolutória que reconheça a inexistência do fato ou negue a autoria), de culpabilidade (Boa-fé como erro de fato ou erro de direito escusável, ausência de potencial conhecimento da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa) e de punibilidade (morte e prescrição).

A **sanção**, cujo caráter é repressivo e preventivo, visa a punir e a alterar o comportamento do agente, de forma que **somente pode ser aplicada àquele que atuou contrariamente à norma**, sendo os aspectos subjetivos do tipo e da culpabilidade, bem como as demais circunstâncias legais, mecanismos de aferição do quantum de pena deve ser aplicado. **E não só. Todos quantos atuaram contrariamente à norma devem ser responsabilizados na medida de sua culpabilidade, não podendo o Estado eleger um ou outro para responder pelo ilícito.**

Nesse passo, vale registrar que a LC 621/2012 e a Resolução TC 261/2013 evoluíram no mesmo sentido. O artigo 57 da referida lei determina que, já no início da fase instrutória, “cabe ao Tribunal de Contas ou ao Relator definir a responsabilidade individual ou solidária pelo ato impugnado, inclusive do terceiro que, como contratante ou parte interessada, haja concorrido para o dano”.

Somente por essa via, **as sanções previstas serão ao final aplicadas de forma individualizada, na medida da culpabilidade de cada agente que tiver concorrido para o fato ilícito**, devendo a decisão condenatória definir a cominação individual da sanção a cada qual (artigos 131 e 132).

A individualização da pena está prevista também no próprio texto regimental, que, em seu art. 383, dispõe que “a sanção será aplicada, **de forma individual**, a cada agente que tiver concorrido para o ato, **na medida de sua participação**”. Também em seu art. 384, é dito que “a decisão que determinar a aplicação de multa **definirá as responsabilidades individuais**”.

Nessa esteira, na aplicação de qualquer sanção torna-se imperativo o enfrentamento das **circunstâncias normativas** do art. 388 do RITCEES, a saber:

- o grau de **reprovabilidade** da conduta do agente;
- a **gravidade** da falta;
- potencial de **lesividade** do ato para a Administração Pública.

Segundo o inciso VIII do artigo 71 da CF/88 compete ao Tribunal de Contas "**aplicar aos responsáveis**, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, **as sanções previstas em lei**, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário".

Trata-se, noutras palavras, do dever punitivo dos Tribunais de contas, cujos **procedimentos investigatórios deverão ser capazes de promover a correta apuração dos fatos, a precisa identificação dos responsáveis e, no caso de prejuízo ao erário, a real quantificação do dano.**

As alterações legais e regimentais acima evidenciadas, a meu ver, representam um sólido encontro entre a atuação deste Tribunal e o ordenamento constitucional. Contudo, vale salientar que, mesmo que tais dispositivos não tenham encontrado equivalência nos textos anteriores (LC nº 32/1993 e Resolução nº 182/2002), não há que se cogitar a não aplicação imediata das regras supracitadas.

Penso que só assim este Tribunal poderá cumprir o seu mister e exercer as funções que lhe foram outorgadas, sem se distanciar do contexto constitucionalmente imposto e alinhado com o Estado Democrático de Direito.

Todavia, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, vislumbro que neste feito se está na iminência de recair sobre o ordenador de despesas, **isoladamente**, todo o ônus pelos indícios de irregularidades identificados, ainda que não lhe tenha sido atrelada qualquer conduta da qual tenha resultado o dano apurado. Ou seja, pretende-se responsabilizá-lo unicamente pela posição outrora assumida, não havendo e não tendo sido explicitado o liame entre qualquer conduta que tenha praticado e os ilícitos apurados, como visto.

[...]

Essa linha segue interpretação dada ao tema pelo STF: "Não se pode olvidar que a Constituição Federal prevê a responsabilidade objetiva apenas do Estado (CF, artigo 37, § 6º), impondo ao servidor, havendo culpa ou dolo na prática do ato lesivo, a obrigação de reparar o dano causado ao erário, sempre, porém, com observância dos princípios do contraditório e ampla defesa (CF, artigo 5º, LV)" (MS 24182/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, Informativo do STF nº 336, Brasília, 9 a 13-2-2004).

Afastada encontra-se, portanto, a possibilidade de a legislação infraconstitucional ou de seus aplicadores estabelecerem a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos.

A Constituição da República, ao utilizar o termo *responsável*, refere-se ao autor do fato ilícito, de forma que somente quem efetivamente, por sua ação ou omissão, praticou conduta ilegal deverá responder por essa prática. Por tais motivos, no Direito Brasileiro, a responsabilidade civil do agente público é sempre pessoal, intransferível (direta) e subjetiva. Entretanto, por vezes, na busca de imprimir maior celeridade ao julgamento, define-se, equivocadamente, a responsabilidade por critérios objetivos.

De acordo com o professor Jacoby Fernandes, **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 (Tribunais de Contas do Brasil, v. 3, p. 737).

É, portanto, necessário, além de indícios mínimos da existência do fato e sua relação causal com a conduta do agente, que se comprove 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.**

Assim sendo, divergindo do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, bem como do voto proferido pelo Relator, entendo pelo afastamento da presente irregularidade.

Prosseguindo-se, relativamente quanto a **ausência de justificativa para o aditivo (subitem 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016)**, pontuam os recorrentes nos seguintes termos:

De início, é preciso afastar a qualificação de ausência de justificativa para a formalização de aditivo para a prática, aqui apresentada, de justificativa insuficiente. Da análise dos autos originários verifica-se, de plano, que houve a apresentação de justificativa para o acréscimo dos serviços, conforme apontado pela Secretaria competente, ainda que se admita a ocorrência de deficiência na justificativa ao não apontar, de forma objetiva, os logradouros que seriam submetidos aos serviços.

Não é demais destacar, todavia, que a demanda pela formalização do aditivo ocorreu em menos de quatro meses de execução do contrato, dentro, portanto, do prazo legal máximo de até 180 dias. Não é demais destacar, ainda, que o estado de calamidade pública ocorrida naquela ocasião somente teve comparação histórica no Espírito Santo nos idos de 1979, tamanho o estado de devastação e degradação de nossas cidades pelas fortes chuvas.

Com isso, a formalização amiúde e detalhada de procedimentos formais podem, sim, ter deixado de ser adotados por pequenas Prefeitura do interior. No caso, todavia, não houve malversação de recursos, sobrepreço ou desvio de recursos do erário. Por fim, mas não menos relevante, a formalização do aditivo tem como fato gerador a mesma emergência que justificou a celebração do contrato originário, não havendo exigência legal de que ocorra nova emergência para a celebração do aditivo, se observado o prazo legal de até 180 dias. Há, no ponto, error in iudicando do Egrégio Tribunal de Contas, que precisa ser revisto em sede do presente recurso, com a devida vênia.

Complementam as teses de defesa trazendo o que prescrevem as inovações sofridas pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) por meio da Lei 13.655, de 2018 (art. 20, 22 e 28), além das normas previstas no Decreto Federal nº 5.450/2005 e outras jurisprudências.

Do teor da Instrução Técnica de Recurso 00395-2022, a equipe técnica concluiu, novamente, pelo não provimento do recurso afirmando, em síntese, que teriam os recorrentes apresentado justificativas genéricas incapazes de modificar o entendimento externado através do Acórdão recorrido, não tendo sido demonstrado o nexó entre os serviços demandados e uma necessidade de caráter emergencial, que não poderia, naquele momento, se sujeitar a um processo formal de licitação.

Corroborando com esta linha de inteligência, o Relator concluiu nos mesmos termos da equipe técnica, bem como do Ministério Público.

No entanto, entendo que existem elementos diversos que necessitam vir à consideração deste Plenário antes de se apontar uma conclusão para o caso.

Observa-se que o Termo Aditivo sob exame foi firmado dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e que o seu fato gerador decorre da mesma situação emergencial que autorizou a contratação originária, atendendo, portanto, aos requisitos legais previstos na legislação pátria.

Outrossim, foram chamados a responder pela suposta irregularidade **apenas** os Srs. Cláudio Antônio Zamprogno (Prefeito Municipal) e João Batista Luchi (Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura).

Na análise do presente item constante no Acórdão 00913-2021 (nos autos do processo originário), o Conselheiro Relator assim se manifestou:

No que pese isso, **constato que houve uma justificativa razoável para o aditivo contratual, ao mencionar a impossibilidade de utilização do serviço de topografia quando da contratação, embora isto não tenha sido aprofundado no processo administrativo municipal.** Dessa forma, apesar de manter tal irregularidade, entendo pela não aplicação de multa.

Ao mesmo tempo em que o Exmo. Conselheiro, com a devida vênia, **constata ter havido justificava razoável para o aditivo contratual, concluiu** no sentido de manter a presente irregularidade por não ter o responsável ***aprofundado a justificativa no processo administrativo municipal***, mantendo a irregularidade, mas afastando, ao final, a aplicação de multa.

Quanto a tal fato, compreendo ter havido incongruência e contrariedade na conclusão externada.

Não há como se verificar, que o responsável tenha justificado, de forma razoável, o aditivo contratual e, ao mesmo tempo, condená-lo por irregularidade cuja natureza é justamente a ausência de justificativa para o aditivo (subitem 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016)

Em tendo sido devidamente justificado o motivo para a realização do mesmo, espanca-se qualquer dúvida no atendimento a esta formalidade, conduzindo o julgamento ao afastamento da responsabilidade.

Caso se tenha entendido que a justificativa não teria sido suficiente, a solução mais justa e proporcional para o caso seria a expedição de uma recomendação para a municipalidade para que, nas próximas contratações, observe a completa e detalhada justificativa, mas não que se mantivesse a irregularidade.

Ademais, aponto novamente acerca da problemática em torno da responsabilização apenas do Prefeito e Secretário Municipal de Obras e Infraestrutura, quando se observa que, de uma rápida análise dos documentos trazidos nos autos do Processo TC 04042-2015, outros servidores tiveram participação na cadeia de atos relativos a condução do termo aditivo.

Neste sentido, transcrevo o seguinte trecho contido no Acórdão 00913-2021:

Em seguida se limitam a afirmar que mesmo permitida a prorrogação em situação excepcional, o aditivo ao contrato celebrado em dispensa de licitação exige correta e razoável justificativa, o que teria sido devidamente observado no processo, conforme a explanação do gestor de projetos, Sr. Lucas S. C. de Lima, e a opinião do Sub-Procurador Municipal Lorenzo Hoffmam.

Assim sendo, no presente caso, os desdobramentos que podem advir de entendimento contrário ao que ora se propõe podem conduzir está Corte ao cometimento de inúmeras injustiças, além de uma decisão sem razoabilidade e, de certa forma, contraditória.

É dever da Corte, sempre, resguardar para que suas decisões estejam íntegras no que diz respeito à constitucionalidade, legalidade e respeito aos direitos da coletividade e dos que a representam, visando proteger não somente o interesse público, mas, também, quem exerce o *múnus* de agir em busca da concretização

deste quando sua atuação tenha se pautado sob o manto da legalidade e assim esteja devidamente comprovado no caso concreto.

Desta forma, tenho que o presente recurso é cabível e, logo, merecer ser conhecido, para que, ao final, lhe seja dado **total provimento, reformando-se Acórdão TC 00913/2021-6, proferido nos autos do Processo TC 4251/2021.**

Nestes termos, e com base nos argumentos fáticos e jurídicos acima delineados, em divergência às manifestações da área técnica, Ministério Público Especial de Contas e do Relator, Conselheiro Sergio Aboudib Ferreira Pinto, submeto voto no sentido de que este Plenário aprove a seguinte minuta de Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACÓRDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas, por:

1. **CONHECER** o presente Pedido de Reexame, nos termos deste Voto;
2. **DAR PROVIMENTO** ao Pedido de Reexame, **reformando-se o Acórdão TC 00913/2021-6, proferido nos autos do Processo TC 4251/2021**, no que se refere aos itens 2.3) *Especificação insuficiente do objeto (subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016)* 2.4) *Ausência de justificativa para o aditivo (subitem 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016)*, **afastando a responsabilidade**, nos termos deste Voto;
3. **DAR CIÊNCIA**, aos interessados;
4. **ARQUIVAR**, após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-302/2022:

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

1.1. CONHECER o presente Pedido de Reexame, nos termos deste Voto;

1.2. DAR PROVIMENTO ao Pedido de Reexame, **reformando-se o Acórdão TC 00913/2021-6, proferido nos autos do Processo TC 4251/2021**, no que se refere aos itens 2.3) *Especificação insuficiente do objeto (subitem 3.1 da Manifestação Técnica 337/2016)* 2.4) *Ausência de justificativa para o aditivo (subitem 3.3 da Manifestação Técnica 337/2016)*, **afastando a responsabilidade**, nos termos deste Voto;

1.3. DAR CIÊNCIA, aos interessados;

1.4. ARQUIVAR, após o trânsito em julgado.

2. Unânime, nos termos do voto vista do conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, anuído pelo relator conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

3. Data da Sessão: 17/03/2022 – 11ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

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