



Acórdão 00142/2023-7 - Plenário

Processo: 05874/2020-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: SEGES - Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação de Vitória,
SEMMAM - Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Vitória

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Interessado: DENIS PENEDO PRATES

Representante: FABIO SAADI JUNGER, EMEC - OBRAS E SERVICOS LTDA

Responsável: ADEMIR BARBOSA FILHO, TARCISIO JOSE FOEGER, MUNICIPIO DE VITORIA

Terceiro interessado: CORPUS SANEAMENTO E OBRAS LTDA

Procuradores: FELIPE OSORIO DOS SANTOS (OAB: 6381-ES), ALINE DUTRA DE FARIA (OAB: 12031-ES)

CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – SECRETARIA MUNICIPAL DE MEIO AMBIENTE DE VITÓRIA – CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL - MANUTENÇÃO DE ÁREAS VERDES – ART. 22 LINDB – ART. 28 LINDB – PRINCÍPIO DA VERDADE REAL - REGULAR COM RESSALVAS- RECOMENDAÇÃO - DAR CIÊNCIA - ARQUIVAR

1. Com base no artigo 22 da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, ao analisar-se a conduta do gestor público, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor.
2. Aplicação do art.28 da LINDB uma vez que, no caso concreto, não restou demonstrado erro grosseiro ou descaso dos gestores.
3. Aplicação do Princípio da Verdade Real.

VOTO DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela pessoa jurídica Emec Obras e Serviços Ltda, em face da Secretaria de Meio Ambiente de Vitória, em virtude de suposta irregularidade na Contratação Emergencial decorrente da suspensão da Concorrência Pública nº009/2020 (Processo Licitatório nº4984477/2019), deflagrada pela Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES do Município de Vitória – ES, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de manutenção de áreas verdes sob administração da secretaria de meio ambiente, incluindo ferramental e instrumental técnico adequado, uniformes, equipamentos de proteção, mão de obra, encargos sociais, seguros, administração, deslocamentos, peças e materiais.

Após o indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar, o feito foi submetido à instrução final que culminou na **Instrução Técnica Conclusiva 05183/2021 (evento 130)**, com o seguinte encaminhamento:

7 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Levando em conta as análises procedidas, opina-se pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** dos fatos narrados na presente Representação, com amparo no artigo 95, inciso II, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012, diante da constatação da seguinte irregularidade:

7.1. Contratação emergencial irregular

Critério: art. 26, Parágrafo único, inciso III da lei 8.666/93

Responsável: Ademir Barbosa Filho – (ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Vitória)

7.2. Posto isso e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, opinando por:

7.2.1. Rejeitar as razões de justificativas do Sr. Ademir Barbosa Filho – ex Secretário Municipal de Meio Ambiente de Vitória em razão do cometimento de infração dispostas nos itens 4.1.1 desta peça técnica;

7.3. Por fim, sugere-se que seja dada CIÊNCIA ao Representante do teor da decisão final a ser proferida, em conformidade com o disposto no §7º, do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

Por sua vez, o douto *Parquet* de Contas anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Instrução Técnica Conclusiva 05183/2021, por meio da Manifestação do Ministério Público de Contas 03682/2022.

Através da Remessa 24630/2022-9 (evento 135) os autos foram encaminhados ao gabinete.

É o que importa relatar.

II – DA ANÁLISE DE CONTEXTO (conforme preceitua o art. 22¹ da LINDB).

II.1 – Contexto Processual.

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela pessoa jurídica Emec Obras e Serviços Ltda, em face da Secretaria de Meio Ambiente de Vitória, em virtude de suposta irregularidade na Contratação Emergencial decorrente da suspensão da Concorrência Pública nº009/2020 (Processo Licitatório nº4984477/2019), deflagrada pela Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES do Município de Vitória – ES, cujo objeto é a prestação de

¹ 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 de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

serviços continuados de manutenção de áreas verdes sob administração da secretaria de meio ambiente, incluindo ferramental e instrumental técnico adequado.

Em fase preambular, foi proferida a Decisão Monocrática nº 01003/2020-1 (evento 09) pelo eminente Conselheiro Plantonista, Sergio Manoel Nader Borges, no qual determinou a notificação do responsável, o então Secretário Municipal de Meio Ambiente, Sr Ademir Barbosa Filho, para manifestação no prazo de 5 (cinco) dias a respeito das supostas irregularidades apontadas, assim como, o encaminhamento de cópia integral do Processo Administrativo por meio do qual se desenvolveu a Concorrência Pública nº009/2020 e dos autos que formalizaram a citada contratação emergencial.

Em seguida, proferi a Decisão Monocrática 057/2021-4 (evento 15), determinando a notificação do Sr. Regis Mattos Teixeira (Secretário Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação) no prazo de 05 (cinco) dias para manifestação nos autos com toda documentação que entender pertinente, tendo em vista que a nova gestão da Prefeitura Municipal de Vitória, assim como, das Secretarias Municipais se iniciou em 01 de janeiro de 2021 sendo, portanto, necessária a requisição de informações aos atuais gestores para melhor apreciação do caso narrado.

Devidamente notificados, os responsáveis fizeram juntar aos autos suas tempestivas manifestações de defesa/justificativa.

Insta salientar que foi identificado nos autos o Voto do Conselheiro Relator Sergio Aboudib Ferreira Pinto, por meio do Processo 4484/2020 (evento 22), *que tratava sobre a Concorrência 09/2022, com o mesmo objeto da representação em comento, onde votou pelo arquivamento do feito, por entender restar caracterizado o interesse subjetivo do representante, no qual rememoro que é o mesmo dos autos submetido a esta análise.*

Em atendimento ao rito processual o feito foi encaminhado ao Núcleo de Controle Externo Meio Ambiente Saneamento e Mobilidade Urbana – NASM, oportunidade em que foi elaborada a **Manifestação Técnica de Cautelar 00014/2021** (evento 70), concluindo no sentido de *que após uma análise perfunctória da documentação*

acostada aos autos, foi proposto pelo signatário, o indeferimento da cautelar pleiteada pelo representante.

Acolhendo a sugestão da equipe técnica, indeferi a cautelar pleiteada, nos termos do Voto 00779/2021-1 (evento 72), que culminou na Decisão 00363/2021-8 (evento 75).

Assim, em observância a determinação da Decisão 00363/2021-8, foi expedido e encaminhado Termo de Notificação 00233/2021-4 (evento 76) para o Sr. Tarcisio José Föeger (atual Secretário Municipal de Meio Ambiente), assim como, Termo de Notificação 00233/2021-4 (evento 77) para o Sr. Ademir Barbosa Filho (ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente), para que encaminharem toda a documentação e esclarecimentos necessários, para fazer frente aos indicativos de irregularidades apresentados.

O Sr. Ademir Barbosa Filho solicitou prorrogação de prazo para a apresentação de suas justificativas, por meio da petição intercorrente 00286/2021-6 (evento 82). Acolhi o pedido e concedi prorrogação de prazo por mais 20 (vinte) dias (Decisão monocrática 00213/2021-7 (evento 87)).

Logo após, em momento oportuno e tempestivo, sobreveio aos autos, a petição intercorrente 00378/2021-9 (evento 92) do Sr. Ademir Barbosa Filho, expondo suas razões e requerendo o indeferimento da representação.

Em tempo, impende registrar a Petição Intercorrente 00093/2021-1 (evento 63) originada da empresa **Corpus Saneamento e Obras Ltda**, signatária da Contratação Emergencial realizada pela municipalidade solicitando seu acesso aos autos. Em momento posterior, proferi o Voto 03993/2021-1 (evento 104) deferindo a habilitação da requerente como **terceiro interessado** aos autos, sendo acompanhado por meio da Decisão 02649/2021-1 (evento 105).

Seguindo, os autos foram encaminhados à área técnica por meio do Despacho 28957/2021-5 (evento 98), que após análise criteriosa elaborou a Instrução Técnica Inicial 00220/2021-7 (evento 100), em que se identificou que a representação oferecida, apontava como indicativo de irregularidades dois pontos: **emergência**

fabricada, gerada por desídia administrativa e contratação emergencial irregular.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face dos achados de auditoria apontados, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sugere-se a esta Corte de Contas:

1. **PROSSEGUIR A AÇÃO DE CONTROLE**, de acordo com o previsto no parágrafo 3º, inciso I, do artigo 177-A do RITCEES18, tendo-se em vista o alto grau de risco, relevância e materialidade do objeto e a constatação da oportunidade da execução da ação de controle;

2. **DEFERIR O PEDIDO DE HABILITAÇÃO** da pessoa jurídica Corpus Saneamento e Obras Ltda. como terceiro interessado, haja vista o atendimento aos requisitos estabelecidos no artigo 294 do RITCEES19;

3. **PROMOVER A CITAÇÃO** dos responsáveis descritos no quadro adiante, nos termos do artigo 56, II da Lei Complementar 621 de 8 de março de 2012 e 157, III, do RITCEES, para que, no prazo estipulado, apresentem, individual ou coletivamente, razões de justificativa, bem como documentos que entenderem necessários, em razão dos achados de auditoria apontados:

RESPONSÁVEL	SUBITENS / IRREGULARIDADES
Ademir Barbosa Filho (ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente)	Contratação emergencial irregular

4. **PROMOVER A OITIVA** da Prefeitura Municipal de Vitória, para que se manifeste, na pessoa de seu Secretário Municipal de Meio Ambiente, senhor Tarcísio José Föeger, em relação às questões levantadas na presente peça processual, mormente indicando as ações desenvolvidas, e a desenvolver, para solucionar, em definitivo, a anômala situação na qual se encontra o município, com serviços sendo prestados há mais de 300 (trezentos) dias por meio de contratos emergenciais, bem como para que apresente o cronograma destas ações com a data prevista para o lançamento do edital de contratação, em observância ao artigo 207, inciso I do RITCEES, o que poderá resultar em determinações desta Corte de Contas;

5. **ENVIAR CÓPIA** da presente Instrução juntamente com o Termo de Citação;

6. **DAR CIÊNCIA** do conteúdo desta peça à Controladoria Geral do Município, na pessoa do senhor Denis Penedo Prates;

7. **ADVERTIR** os responsáveis de que:

a) o não atendimento à citação implicará na declaração de revelia, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo, nos termos do art. 65 da Lei Complementar 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES);

b) não cabe recurso da decisão que determinar a citação, nos termos do art. 153, inciso II, da Lei Orgânica do TCEES;

c) a comunicação dos atos processuais ter-se-á como realizada

quando confirmada por recibo assinado por pessoa encarregada de receber correspondência, por membro da família ou por empregado do responsável, ou ainda, quando efetivada a consulta eletrônica ao teor da comunicação dos atos, nos termos do art. 64, § 1º, incisos I e II, da Lei Orgânica do TCEES;

d) após a citação, as demais comunicações de atos e decisões presumem-se perfeitas com a publicação no Diário Oficial Eletrônico do TCEES, consoante o disposto no art. 360 do Regimento Interno deste Tribunal;

e) poderá o responsável, em nome próprio ou por procurador regularmente constituído, exercer sua defesa pelos meios admitidos em direito e, querendo exercer o direito de sustentação oral, deverá observar os requisitos do art. 327 do Regimento Interno deste Tribunal quando do julgamento dos presentes autos, cuja pauta de julgamento contendo a data da sessão será previamente publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES, na forma do art. 101 do mesmo diploma normativo, em observância aos princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e publicidade;

f) a resposta ao termo de citação deverá observar o formato dos documentos aceitos pelo TCEES, de acordo com o disposto na Instrução Normativa TC 35/2015. À Secretaria Geral das Sessões para os impulsos necessários. Transcorrido o prazo legal, com ou sem resposta, encaminhem-se os autos ao relator.

Após o indeferimento do pedido de concessão de medida cautelar, o feito foi remetido à análise técnica, que proferiu a **Decisão 00357/2021-2 (evento 113)**, na qual determina a citação o Sr. Ademir Barbosa Filho para, **no prazo de 30 (trinta) dias** improrrogáveis apresentar as razões de justificativas e documentos que entender necessários, assim como, notificar o Sr. Tarcísio José Foeger para que no mesmo prazo, manifeste-se sobre as questões levantadas na Instrução Técnica Inicial 00220/2021-7.

Em atendimento à referida Decisão, foram apresentados a Resposta de Comunicação 01217/2021-7 (evento 123) pelo Sr. Tarcísio Jose Foeger, assim como, Defesa/Justificativa 01237/2021-4 (evento 124) pelo Sr. Ademir Barbosa Filho.

Após, os autos foram submetidos a análise criteriosa da equipe técnica que identificaram indícios de irregularidades na inicial referente a **emergência fabricada, gerada por desídia administrativa e contratação emergencial irregular**. Entretanto, após justificativas apresentadas pelos responsáveis, ficou constatado (**Instrução Técnica Conclusiva 05183/2021**) que não havia irregularidades na

“**emergência fabrica**, gerada por desídia administrativa”, porém, permaneceu em análise de possíveis irregularidades sobre a cotação de preços presentes nos serviços de “contratação emergencial”, cujo responsável pela análise era o Sr. Ademir Barbosa Filho, o então ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Vitória.

II.2 – Contexto dos Fatos.

Rememorando, as supostas irregularidades ocorridas na **Concorrência 09/2020** foram analisadas no Processo TC 4484/2020, no qual o Conselheiro Relator indeferiu a medida cautelar pleiteada e extinguiu o processo sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual.

Entretanto, diante de indicativos de irregularidades na **Concorrência 09/2020** que resultou na suspensão e posterior revogação do certame, foi deflagrada pela prefeitura Municipal de Vitória **contratação emergencial** sob exame, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de manutenção de áreas verdes sob administração da secretaria de meio ambiente.

Nesse cenário, com a finalidade de se realizar a cotação de preços para a referida contratação emergencial, foi então encaminhado pelo Sr. Ademir Barbosa Filho, os ofícios com as propostas de preços das empresas prestadoras de serviços: **Corpus Saneamento e Obras Ltda; Sanepav Saneamento Ambiental Ltda e, por fim, Sustentare Saneamento AS.**

Consta nos autos o mapa comparativo de preços em que demonstra que o valor apresentado pela empresa **Corpus Saneamento e Obras Ltda**, foi o melhor dentre os apresentados e que condiz com os preços praticados pelo mercado. O Sr. Ademir Barbosa Filho declarou em suas justificativas, como sendo o preço semelhante ao contrato em vigor com a municipalidade.

Posteriormente, foi realizada a **Ratificação da dispensa** com a empresa Corpus Saneamento e Obras Ltda pelo próprio, em 21 de setembro de 2020, *considerando que não cabe prorrogação de prazo ao atual contrato, que possui como término de*

sua vigência a data de 30 de setembro de 2020, é exigida a realização desta contratação, até que se finde o certame licitatório.

*Assim sendo, foi celebrado o **Contrato Emergencial 305/2020**, entre o Município de Vitória por Intermédio da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, cujo objeto é a prestação de serviços de manutenção de áreas verdes no município de Vitória, no valor de **R\$ 15.895.694,64** (quinze milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, seiscentos e noventa e quatro reais e sessenta e quatro centavos), com vigência de até **180 dias**, sendo que o contrato será rescindido com a conclusão do certame licitatório.*

III – FUNDAMENTAÇÃO

Em sede de instrução dos Tribunais de Contas, busca-se verificar a regularidade dos atos praticados e, não raro, são apontadas supostas irregularidades, as quais serão objeto de análise técnica, ministerial e, ao fim, julgamento.

Carece, no entanto, de conceituação do que vem a ser considerado o termo “irregularidade”. Não foi encontrada em doutrina ou jurisprudência uma definição, acreditando-se que o próprio termo já se define.

Em sendo assim, na tentativa de estratificar o que se entende por irregularidade, mais uma vez, utiliza-se da proximidade com o Direito Penal. **O termo irregularidade, no âmbito da Corte de Contas, habitualmente é utilizado como sinônimo de antijuricidade, que vem a ser considerada como uma relação antônima entre o Direito e fato praticado ou omissivo do homem.**

Nas lições de Mezger, a antijuricidade é um juízo externado sobre a ação. “O juízo, que a ação contrasta com o ordenamento jurídico e com a norma legal, caracteriza qualitativamente a ação como ‘ilícita’ ou na verdade ‘antijurídica’”².

Sob essa ótica, entende-se **que uma vez praticado ato contrário ao ordenamento jurídico sem uma causa de exclusão de ilicitude** (corriqueira na prática penal),

² MEZGER, Edmund. Diritto Penale: parte generale. Traduzione Filippo Mandalari. Padova: CEDAM, 1935.

fala-se em manutenção da irregularidade. O que não significa dizer --- quando a atuação é em processo de contas --- que persistindo a irregularidade, o julgamento será pela irregularidade das contas.

Deste modo, passa-se à análise das irregularidades, reconhecendo-as como regular apenas quando a materialização, ou como definido acima, a antijuricidade, não tiver ocorrido.

III. 1 – DO MÉRITO

Como mencionado, trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela pessoa jurídica Emec Obras e Serviços Ltda, em face da Secretaria de Meio Ambiente de Vitória, em virtude de suposta irregularidade na **Contratação Emergencial** decorrente da suspensão da Concorrência Pública nº009/2020 (Processo Licitatório nº4984477/2019), deflagrada pela Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES do Município de Vitória – ES, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de manutenção de áreas verdes.

Da análise minuciosa da representação apresentada, a área técnica informa que são dois indícios de irregularidades apontadas na inicial: a emergência fabricada, gerada pela desídia administrativa e contratação emergencial irregular.

Assim, a princípio, e segundo es elementos constantes nos autos, não foi identificado nenhuma conduta que leve a caracterizar a “emergência fabricada” apontada pelo representante. Contudo, foi identificada na Instrução Técnica Inicial, o seguinte indicativo de irregularidade, que passamos à análise.

III. 1.1 – Da Irregularidade: Contratação emergencial irregular

Critério: art. 26, Parágrafo único, inciso III da lei 8.666/93

Responsável: Ademir Barbosa Filho – (ex Secretário Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Vitória)

O representante aponta possíveis vícios na contratação emergencial, como, solicitação de orçamento para Contratação Emergencial com prazos extremamente

restritos para respostas, assim como, que não houve a devida pesquisa de mercado e o cumprimento dos requisitos que a norma de regência estipula para tal hipótese, além de não garantir ampla publicidade ao processo, neste sentido sendo descumpridas Recomendação 02/2020 exarada pelo Ministério Público de Contas.

Veja que o Ministério Público de Contas, tendo em vista o termo final do contrato de manutenção de áreas verdes e o aponte de que estava em andamento contratação emergencial, encaminhou recomendações para os responsáveis para que o procedimento administrativo, ainda que de contratação emergencial, observasse a ampla publicidade, inclusive no que se referia ao chamamento de empresas para participar. (destacamos)

Entretanto, a justificativa apresentada pelo Sr. Ademir Barbosa Filho – Secretário Municipal de Meio Ambiente - na data de 17 de agosto de 2020, foi de que não havendo tempo hábil para a conclusão do certame licitatório antes do término da vigência do contrato em vigor, não havia outra alternativa a não ser a realização do Contrato Emergencial, arguindo o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Ainda em sua justificativa, menciona que a permanência dos serviços de manutenção de áreas verdes é primordial, pois caso esse serviço venha a ser suspenso, haverá um prejuízo financeiro ao Município e a saúde da população por falta de manutenção adequada, além, de ser configurado crime ambiental, conforme legislação e suscitou em sua justificativa o entendimento do TCU sobre a contratação direta:

Nas contratações diretas fundadas em emergência (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), cabe ao gestor demonstrar a impossibilidade de esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e de bens públicos ou particulares, além de justificar a escolha do fornecedor e o preço pactuado. (Acórdão 1130/2019- Primeira Câmara)

Não se imputa responsabilidade ao gestor por contratação emergencial, quando o fato gerador da situação foi a não conclusão, em tempo hábil, de licitação em curso antes do fim da vigência de contrato anterior e existe, no contrato emergencial, cláusula resolutiva

que prevê a sua rescisão após a conclusão do procedimento licitatório.

(Acórdão 1872/2010-Primeira Câmara 1 Relator: WEDER DE OLIVEIRA)
(destacamos)

Ad argumentandum, ainda que se deparasse com a impertinência da "motivação" de anormalidade e emergencialidade aduzida pela Secretaria e assim se **estivesse diante de uma "emergência fabricada" (o que não parece ser o caso pelo que foi relatado - haja vista as justificativas constantes dos autos), deve ser destacado que o TCU - ainda que nessa situação - atesta a possibilidade da contratação sempre primando pela continuidade do serviço público** in verbis: (destacamos)

"Assim, de acordo com o novo entendimento desta Corte, a contratação direta também seria possível quando a situação de emergência decorresse da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, 'a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração' (Acórdão n. 46/2002 - Plenário. (TCU. Acórdão nº 2.369/2009, Plenário. Rei. Min. Benjamin Zymler, Sessão de 07.10.2009)."

Pois bem. As dispensas e inexigibilidades, de acordo com o disposto no art. 26, Parágrafo único, inciso III da Lei 8.666/93, devem seguir os requisitos nelas instituídos, para a sua validação.

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, **quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares**, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas **no prazo máximo de 180 cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade**, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; (destacamos)

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. **O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:** (destacamos)

I - **caracterização da situação emergencial**, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for caso; (destacamos)

II - **razão da escolha do fornecedor ou executante**; (destacamos)

III - **justificativa do preço.** (destacamos)

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Como consta no item 5.1 da ITC 5183/2021, o Sr. Ademir Barbosa Secretário Municipal convidou 03 empresas para apresentarem proposta para a contratação emergencial, sendo identificado após consulta ao Portal da Rede Nacional para a simplificação do Registro e Legalização de empresas e Negócios (REDESIM), que uma delas, a empresa **Sustentare Saneamento S.A.**, não possuía registro para prestar serviços na área licitada municipalidade.

Ademais, o representante colacionou aos autos o Contrato emergencial de Prestação de Serviços 10/2020, celebrado com o Serviço de Limpeza Urbana do Distrito Federal SLU/DF com a empresa Sustentare Saneamento SA, que **tem como objeto os serviços de tratamento dos resíduos sólidos domiciliares provenientes da coleta tradicional para operações de compostagem. (ev, 125).** Tal serviço, conforme demonstrado na documentação apresentada, é compatível com as atividades profissionais constantes do seu cadastro, **não demonstrando tal contrato**, que ela dispõe de **expertise na área de manutenção de áreas verdes.**

Vale ressaltar que a área técnica identificou que foi concedido a empresa EMEC apenas um dia de prazo para a apresentação da proposta comercial, enquanto para as outras empresas foram concedidas oito dias corridos para a apresentação das propostas.

Assim, acolhendo os trabalhos constantes na precitada ITC, entendo que a **Prefeitura de Vitória não logrou êxito em obter 03 (três) orçamentos válidos para fins de se garantir a melhor contratação, ainda que emergencial, para o**

município, pela forma como o processo de pesquisa de preços foi conduzido, com uma participante sem registro legal para atuação na área, além de ter-se tolhido, por uma impossibilidade de tempo, a apresentação de novo orçamento pela empresa ora representante.

Nesse sentido é o posicionamento do Tribunal de Contas da União no Acórdão TCU 1565/2015 – Plenário . Para ser considerada cotação de preço válida, deve ser realizada, no mínimo, por três empresas do ramo:

A justificativa do preço em contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) deve ser realizada, preferencialmente, mediante: (i) **no caso de dispensa, apresentação de, no mínimo, três cotações válidas de empresas do ramo, ou justificativa circunstanciada se não for possível obter essa quantidade mínima**; (ii) no caso de inexigibilidade, comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas. (destacamos)

Face ao exposto concluo por restar configurada a irregularidade “contratação emergencial irregular”, por ofensa ao art. 26, Parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. Como bem pontuado pela equipe de auditoria, a estimativa de preços é de suma importância para a atividade da Administração, sendo certo que sua principal função é garantir que ela identifique o valor médio de mercado para uma determinada pretensão contratual, ou seja, que sirva de parâmetro para o certame, devendo, portanto, ser convidada empresas que atuam na área a ser contratada.

IV – DO JULGAMENTO

No âmbito do TCU, a ideia de valoração do grau de censura da conduta do agente pode ser constatada em diversas deliberações. Por vezes, **aponta-se que o ato foi praticado em desconformidade com a lei, que houve uma irregularidade, sinaliza-se para a presença de culpa, ocasionalmente leve ou levíssima, fatos esses que devem ser observados nas diversas circunstâncias do caso concreto.**

59. Nos processos de controle externo, os fatores que influenciam na dosimetria da pena não estão estabelecidos em lei ou no nosso regimento, mas decorrem de nossa própria construção jurisprudencial, feita paulatinamente a cada situação concreta. Atualmente, é sedimentado que na dosimetria da pena **consideram-se aspectos como: nível de gravidade dos ilícitos, materialidade e grau de culpabilidade do agente, valoradas as circunstâncias do caso concreto** (Acórdãos 2.053/2016, 1.484/2016 e 944/2016, todos do Plenário, entre vários outros).

Acórdão 483/2017-Plenário - Data da sessão: 22/03/2017 – Relator: BRUNO DANTAS

11. No que se refere aos demais servidores da Funasa, [Responsável 3] e [Responsável 4], embora entenda que **possuam menor culpabilidade, uma vez que não praticaram as irregularidades diretamente**, considero que não podem ser eximidos de responsabilização, pois, ao efetuarem o exame do termo de referência, com o intuito de aprová-lo, era exigível que detectassem as irregularidades, sobretudo considerando que elas haviam sido objeto de questionamento por parte de pretensos licitantes. **Não obstante, o menor grau de culpabilidade desses agentes deve influenciar na dosimetria da multa."**

Acórdão 1166/2016-Plenário - Data da sessão: 11/05/2016 – Relator: BRUNO DANTAS

Em sendo assim, uma vez reconhecida a irregularidade, exsurge a **necessidade de se analisar a culpabilidade do agente, de forma que esta passa a ser o principal fator a ser considerado no julgamento**. Se o ato é contrário a lei, não há que se questionar a irregularidade, no entanto, faz-se necessário analisar se aquele ato é culpável.

IV.1 - Da análise de conduta do responsável: Sr. Ademir Barbosa Filho

Em sede de defesa o responsável apresentou preliminar de ilegitimidade passiva. Passo à análise.

IV.1.1 - Da Ilegitimidade Passiva

O defendente alega:

Inicialmente, antes mesmo de adentrarmos a questão meritória, cumpre chamar atenção nesta quadra em que se explicitam as questões prefaciais, antes mesmo de adentrar ao mérito, o fato de que falta à pretensão punitiva abrigada nestes autos requisito legal para seu regular processamento, pelo menos em relação ao Sr. Ademir Barbosa.

Com efeito, inexistem nos fatos apurados neste procedimento qualquer irregularidade que tenha sido cometida pelo Justificante, à época Secretário Municipal de Meio Ambiente de Vitória, apta a ensejar a condenação

pretendida, vez que não há qualquer fundamento legal para tanto, **dado que sua conduta se restringiu ao acompanhamento do posicionamento da equipe técnica da SEMMAM, bem como o posicionamento da Procuradoria Municipal e da Controladoria Geral do Município pela regularidade do procedimento.**

Importante notar que, conforme já enunciado por este próprio Tribunal em várias oportunidades, existe nos processos administrativos a necessária segregação de funções, que atrai a consequente compartimentalização de responsabilidades, principalmente frente ao fato de ser impossível aos agentes públicos responsáveis por cada Departamento acompanhar pessoalmente todo e qualquer procedimento executado pelos integrantes do setor.

Isso porque, conforme de conhecimento comum, atos administrativos complexos e de natureza técnica como os que aqui se analisa não são produzidos pela vontade de um só agente.

Em verdade, em casos como o presente, em que servidores legalmente investidos de tal competência declaram ter verificado a existência, nos autos do processo, de toda a documentação necessária à perfectibilização da contratação, somente caberia ao Secretário a ordem pela realização do procedimento, tendo em vista ainda a urgência da manutenção dos serviços que deu origem à contratação emergencial.

Nesse contexto, é patente que não caberia ao Manifestante fazer nova conferência da documentação pertinente juntada aos autos por seus auxiliares, haja vista a expressa manifestação de conformidade exarada pelos técnicos competentes. Somente seria a ele atribuível a responsabilidade, **caso o ato fosse externado sem a concorrência dos atos realizados pela equipe da secretaria e o opinamento de controle interno externado por Procuradoria e Controladoria do Município.**

Todavia, conforme fica evidente da cópia integral da contratação que se encontra nos autos, todos esses procedimentos foram devidamente observados, tendo o processo sido submetido a todos os crivos pertinentes.

Evidente, portanto, que, em supostas irregularidades dessa natureza, os atos que deram causa à suposta inconformidade apontada pela área técnica não foram emanados por ato de responsabilidade pessoal do manifestante,

que autorizou a contratação emergencial com base nas declarações de regularidade elaboradas por servidores públicos competentes.

Nesses casos, deve o Tribunal de Contas, data vênia, realizar a devida matriz de responsabilidade, identificando os servidores públicos responsáveis por cada ato como forma de atribuir responsabilidades pelas supostas irregularidades narradas em suas manifestações.

Ao agir de maneira diversa, pretendendo atribuir ao agente público a severas sanções, a área técnica desse Tribunal incorre em indisfarçável responsabilização objetiva, rejeitada por remansada jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido, convém atentar para o conteúdo da seguinte decisão, representativa de inúmeros posicionamentos adotados no passado por este Tribunal:

Neste contexto, não se pode exigir que 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. (...)

Dessa forma, nesse caso concreto, concluo que diante da ausência da matriz de responsabilidade na instrução processual e diante do fato de que o responsável não concorreu para a ocorrência do ato, resta prejudicada a missão deste Relator em permear as circunstâncias acima, fixar o quantum sancionatório adequado, dentro dos limites mínimo e máximo previstos na LC 621 c/c o RITCEES, o que ensejará a correta dosimetria da penalidade e, por conseguinte, a observância do princípio da individualização da pena como corolário do princípio da culpabilidade.”

(Acórdão TC 2818/2014, Processo TC 8131/2009), publicado no Diário Oficial em 24/11/2014, páginas 72-76, Relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun)

Como se colhe da jurisprudência desse próprio Órgão de Controle, torna-se deveras rigoroso atribuir ao Chefe de um setor, que meramente reconheceu a regularidade dos documentos que autorizavam a realização da contratação, com base em manifestações técnicas dos servidores competentes, a responsabilidade sobre supostas inconformidades não apontadas por quem tinha o dever funcional de atestar a regularidade do procedimento.

Diante da impossibilidade de que o Secretário Municipal acompanhe pormenorizadamente cada ato realizado, resta-lhe a confiança na fé pública das declarações de regularidade emitidas pelos servidores públicos envolvidos na tarefa, o que foi efetivamente feito.

Assim, em razão da razoabilidade que deve permear a atuação dos órgãos de controle, bem como da aplicação dos princípios da segurança jurídica e da individualização das condutas para fins de responsabilização, não se afigura razoável a punição da Manifestante por medidas para as quais não influiu de forma voluntária, pois apenas convalidou atos cujo conteúdo havia sido ditado pelo apoio técnico competente.

À luz de tais fatos, a pretensão de ressarcimento, com base nos argumentos ventilados na Instrução Técnica Inicial consubstancia-se em inaceitável responsabilização objetiva.

Verifica-se, portanto, que, inexistindo provas acerca do envolvimento efetivo da Manifestante no cometimento das irregularidades ventiladas, no que concerne ao reconhecimento da realização do objeto do Convênio, não há que se falar em sua responsabilização, o que desde já se REQUER! (grifamos)

Ocorre que, consta dos autos, que o envio dos ofícios para as empresas apresentarem a suas cotações de preços, **partiram do Sr. Ademir Barbosa Filho**, Secretário Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Vitória, conforme demonstrado nos Ofícios a seguir enumerados:

- Ofício 446/2020 SEMMAM GAB, datado de 17 de agosto de 2020, tendo como destino a empresa Corpus Saneamento e Obras Ltda (ev. 57 fls. 12);
- Ofício 447/2020 SEMMAM GAB, datado de 17 de agosto de 2020, tendo como destino a empresa Sanepav Saneamento Ambiental Ltda (ev. 57 fls.14) e;
- Ofício 448/2020 SEMMAM GAB, datado de 17 de agosto de 2020, tendo como destino a empresa **Sustentare Saneamento SA** (ev. 57 fls, 16)

Ademais, como bem identificado pela equipe técnica, não foi identificado nos autos conduta de algum servidor que sugeriu a realização das cotações com as referidas empresas, o que poderia ensejar a responsabilização dos mesmos, por apresentar ao seu chefe imediato, empresa que não detinha a *expertise* para a realização dos serviços, a serem contratados pela municipalidade.

Além disso, em uma análise mais detida da documentação acostada, a auditoria identificou que o Sr. Ademir Barbosa Filho indicou no corpo dos referidos documentos, o seu e-mail institucional para que fossem remetidas as propostas com as cotações aos seus cuidados, corroborando com a ideia, de que a solicitação e a escolha foi realizada pelo mesmo.

Outro argumento lançado pelo defendente é o de que ele seguiu as orientações da Procuradoria Municipal e da Controladoria. Vejamos o que opinou:

Parecer 565/2020 emitido pela Procuradoria Municipal:

Parecer 565/2020

...

Por outro giro de análise, convém lembrar que a demonstração de compatibilidade de preços, configura justificativa essencial para a contratação (art. 26 III, da Lei 8.666/93). Com efeito, **destaque-se que devem ser adotadas as cautelas indispensáveis à proteção do interesse público, demonstrando a compatibilidade de preços a ser contratados com o praticado pelo mercado** (ev. 26 fls. 33)

No mesmo sentido, assim se posicionou a Controladoria Municipal na elaboração do Parecer Técnico 859/2020 CGM/ GACC, a saber:

...

Registramos que é de exclusiva responsabilidade da Secretaria requisitante demonstrar nos autos a compatibilidade dos preços com os praticados pelo mercado.

Assim sugerimos que a pesquisa de preços de mercado seja sempre analisada e validada por esta Secretaria, observando a compatibilidade das propostas e orçamentos, com os preços praticados no mercado, respeitando a legislação vigente e as recomendações dos Tribunais de Contas.

Para isso, recomendamos a utilização de cotações as empresas sejam levadas em consideração também consulta aos portais de compras governamentais, contratações anteriores e de outros órgãos públicos, bem como o CARDTEC – Estudos Técnicos de Serviços Terceirizados (www.Cardtec.sp.gov.br), cabendo a ressalva nesse último caso para a adequação à realidade do Município de Vitória. (ev. 57 fls44) (destacamos) (ev. 26 fls. 44)

...

Não bastasse as recomendações emitidas pelos setores da própria municipalidade, o responsável, foi o **destinatário da Recomendação 02/2020** do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, que recomendou dar a mais ampla publicidade, inclusive com chamamento público, para as empresas poderem participar da contratação emergencial. (ev. 21)

Assim, considerando que o Sr. Ademir Barbosa Filho não observou devidamente as orientações da Procuradoria Municipal de da Controladoria, bem como a Recomendação 02/2020 do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo e que as justificativas apresentadas nos autos não são suficientes para elidir sua reponsabilidade, entendo por rejeitar as justificativas do Sr. Ademir Barbosa Filho por ficar compreendido que sua conduta ensejou na violação ao art. 26, Parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, além, da inobservância das cautelas necessárias sugeridas no decorrer de sua ação, para que, dessa forma, pudesse evitar a irregularidade na contratação emergencial.

V – DA CONSEQUÊNCIA DA DECISÃO.

Da análise minuciosa da representação apresentada, a área técnica, informa que são dois indícios de irregularidades apontadas na inicial: a emergência fabricada, gerada pela desídia administrativa e contratação emergencial irregular.

No quesito da “emergência fabricada”, foi segmentado em dois aspectos a fim de melhor detalhar os aspectos a serem analisados: contratação emergencial por atraso deliberado e contratação emergencial gerada por cláusulas impugnáveis, não foram encontrados elementos suficientes para amparar o que se pretende demonstrar o representante, não tendo sido identificado a vontade livre e consciente do responsável pela Concorrência 09/2020, em fraudar o procedimento licitatório em curso na municipalidade, tendo em vista a documentação acostado aos autos, além dos transtornos já conhecidos por todos, na seara administrativa, causada pela Pandemia COVID 19.

Assim, a princípio, e segundo es elementos constantes nos autos, não foi identificado nenhuma conduta que leve a caracterizar a “emergência fabricada” apontada pelo representante,

A despeito da ausência de elementos que caracterizem a irregularidade emergência fabricada, não podemos de maneira alguma sugerir um arrefecimento ou negligência no cumprimento da legislação vigente.

Assim, recomendo que o município apure através de procedimento administrativo disciplinar, eventuais falhas na condução do processo e identificar os responsáveis pelo atraso na finalização da Concorrência 09/2020, que culminaram na contratação emergencial. De igual modo, RECOMENDO ao atual gestor, ou a que vier sucedê-lo, que realize planejamento para as contratações que contemple eventuais intempéries, elidindo, assim, a realização de contratações emergenciais.

VI - CONCLUSÃO

Diante do exposto, **acolhendo os entendimentos técnico e ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à

sua consideração.

Vistos, relatados e discutidos os autos, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ante as razões expostas pelo Relator, em:

- 1. Dar Procedência Parcial** da Representação, nos termos do art. 95, inciso II, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012, diante da configuração da irregularidade Contratação emergencial irregular, por violar o art. 26, Parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93;
- 2. Rejeitar as razões** de justificativa apresentada pelo **Sr. Ademir Barbosa Filho** (ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente de Vitória), nos termos do voto, aplicando-lhe multa no valor de **R\$ 3.000 (três) mil reais**;
- 3. Recomendar** ao atual gestor, ou a que vier sucedê-lo, que apure através de procedimento administrativo disciplinar eventuais falhas na condução do processo e identificar os responsáveis pelo atraso na finalização da Concorrência 09/2020, que culminaram na contratação emergencial e, de igual modo, recomendar que realize planejamento para que as contratações que contemple eventuais intempéries, elidindo atrasos e a realização de contratações emergenciais.
- 4. Dar ciência** ao Representante e ao(s) interessados do teor da decisão tomada por este Tribunal de Contas, nos termos do art. 307, §7º, do RITCEES;
- 5. Remeter** os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;
- 6. Arquivar os autos** nos termos do art. 330, IV, da Resolução nº 261/13, Regimento Interno do TCEES.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Conselheiro Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam estes autos, de Relatoria do Conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela pessoa jurídica Emec Obras e Serviços Ltda, em face da Secretaria de Meio Ambiente de Vitória, em virtude de suposta irregularidade na Contratação Emergencial decorrente da suspensão da Concorrência Pública nº009/2020 (Processo Licitatório nº4984477/2019), deflagrada pela Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES do Município de Vitória – ES, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de manutenção de áreas verdes sob administração da secretaria de meio ambiente, incluindo ferramental e instrumental técnico adequado, uniformes, equipamentos de proteção, mão de obra, encargos sociais, seguros, administração, deslocamentos, peças e materiais.

Acolho o relatório do conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo por discorrer a veracidade dos fatos, ressaltando que, em seu voto, o Relator se manifestou pelo provimento do parcial da representação rejeitando as razões de defesa apresentadas pelo Sr. Ademir Barbosa Filho, (ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente de Vitória), aplicando-lhe multa no valor de **R\$ 3.000 (três) mil reais**, com o envio de recomendações.

Na 2ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 23 de janeiro de 2023, os autos foram levados a julgamento. Naquela ocasião solicitei vista dos autos, onde os analisei baseado na Defesa Oral 002/2023-1 apresentada pelo responsável.

Assim, vieram-me os autos para apresentar voto.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela pessoa jurídica Emec Obras e Serviços Ltda, em face da Secretaria de Meio Ambiente de Vitória, em virtude de suposta irregularidade na Contratação Emergencial decorrente da suspensão da Concorrência Pública nº009/2020 (Processo Licitatório nº4984477/2019), deflagrada pela Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES do Município de Vitória – ES, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de manutenção de áreas verdes sob administração da secretaria de meio ambiente, incluindo ferramental e instrumental técnico adequado.

Da análise minuciosa da representação apresentada, a área técnica informa que são dois indícios de irregularidades apontadas na inicial: a emergência fabricada, gerada pela desídia administrativa e contratação emergencial irregular.

Examinando os termos do Voto do Relator, depreendo das razões ali apresentadas o relator manifesta-se no sentido de acompanhar a área técnica uma vez que **“não foi identificado nenhuma conduta que leve a caracterizar a “emergência fabricada” apontada pelo representante”**.

Quanto a este item acompanho o entendimento do relator.

Quanto a irregularidade que remanesceu que trata da contratação emergencial irregular, passo a expor meu entendimento:

Na visão do Conselheiro Relator, Rodrigo Coelho do Carmo, em suma, restou configurada a irregularidade “contratação emergencial irregular”, por ofensa ao art. 26, Parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. Como bem pontuado pela equipe de auditoria, a estimativa de preços é de suma importância para a atividade da Administração, sendo certo que sua principal função é garantir que ela identifique o valor médio de mercado para uma determinada pretensão contratual, ou seja, que sirva de parâmetro para o certame, devendo, portanto, ser convidada empresas que atuam na área a ser contratada.

Pois bem.

Depreendo das alegações do próprio conselheiro relator que para o julgamento faz-se necessário ***se analisar a culpabilidade do agente, de forma que esta passa a ser o principal fator a ser considerado no julgamento.***

Ou seja, é necessário analisar a culpabilidade do fato relacionado ao caso concreto.

Vejamos:

Inicialmente insta frisar que os serviços contratados tinham natureza emergencial.

Observe-se que a justificativa apresentada pelo Sr. Ademir Barbosa Filho – Secretário Municipal de Meio Ambiente - na data de 17 de agosto de 2020, foi de que não havendo tempo hábil para a conclusão do certame licitatório antes do término da vigência do contrato em vigor, não havia outra alternativa a não ser a realização do Contrato Emergencial, arguindo o princípio da continuidade dos serviços públicos. Ainda em sua justificativa, menciona que a permanência dos serviços de manutenção de áreas verdes é primordial, pois caso esse serviço venha a ser suspenso, haverá um prejuízo financeiro ao Município e a saúde da população por falta de manutenção adequada, além, de ser configurado crime ambiental.

O Conselheiro Relator não considerou válidos os três orçamentos apresentados uma vez que uma das empresas que apresentou orçamento não teria *expertise* na área de manutenção de áreas verdes.

Pois bem, entendo que ao se deparar com um serviço emergencial, o responsável necessita de agir de forma a evitar prejuízo maiores à população agindo em estrito atendimento ao interesse público. Dessa forma, entendo que os fatos devam ser interpretados de acordo com o art. 22 da LINDB que prevê que o julgamento dos gestores deve se dar de acordo com o caso concreto apresentado. Apesar de não agir de forma estritamente legalista, o gestor agiu de forma a preservar o bem público e o interesse da coletividade na preservação das áreas verdes, o que evitou desperdício de dinheiro público uma vez que a conservação dos bens foi feita de forma adequada.

Diante do exposto entendo que o presente caso deve ser interpretado de acordo com o preceituado na LINDB Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

De acordo com o art 28³ da LINDB o gestor passou a ser responsabilizado à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa. Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro

³ Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo jurídico indeterminado. 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.⁴

Esta noção de erro grosseiro está intimamente ligada ao de culpa grave e, sendo assim, revela que a inovação legislativa está em plena harmonia com o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao avaliar o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa, tratado no art. 10, da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), firmou o mesmo pensamento:

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.615.025 - PE (2016/0189390-1)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: HAMILTON JEFFERSON CORREIA DE ALENCAR BARROS
ADVOGADOS: LEUCIO DE LEMOS FILHO - PE005807 CHRISTIANA LEMOS TURZA FERREIRA E OUTRO(S) - PE025183 AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 458, I E II, 459 E 515, CAPUT, § 1º, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. SUPOSTA AFRONTA AO ART. 535, II, DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO. SÚMULA 284/STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE, NO CASO CONCRETO. SÚMULA 7/STJ. [...] 4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do art. 10.

⁴ 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

Precedente: EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010 (julgado em 8/2/2018)

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.286.783 - RS (2011/0241410-6)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: M.L.GOMES
ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS ADVOGADO: SALO DE
CARVALHO E OUTRO(S) - RS034749 AGRAVADO: MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL INTERES.: ELMA
MARIA ANDRADA LOPES ADVOGADO: EDUARDO HEITOR PORTO E
OUTRO(S) - RS045729 INTERES.: JOÃO ANTÔNIO BELIZÁRIO LEME E
OUTROS EMENTA PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO
ESPECIAL. PAGAMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA A OFICIAIS DE
JUSTIÇA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ELEMENTO SUBJETIVO.
INDIVIDUALIZAÇÃO DAS SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE DAS
PENAS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. 1. As instâncias ordinárias foram
claras em especificar a existência de todos os elementos necessários à
condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive no
que diz respeito ao elemento anímico vetor da conduta perpetrada pelos
agentes condenados. 2. A jurisprudência do STJ considera indispensável,
para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja
dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei
8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (EResp
479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em
25.8.2010, DJe 27.9.2010), circunstância que restou devidamente
comprovada nos autos. (julgado em 27/2/2018)

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 409.591 - PB
(2013/0342513-0) RELATORA: MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL AGRAVADO: LUIZ
WALDVOGEL DE OLIVEIRA SANTOS ADVOGADOS: WALTER DE AGRA
JUNIOR E OUTRO(S) - PB008682 ARTHUR MONTEIRO LINS FIALHO -
PB013264 AGRAVADO: ALMIR CLÁUDIO DE FARIAS AGRAVADO:
SÍLVIA KÁTIA JERÔNIMO AGRAVADO: MARIA DAS GRAÇAS TORRES
DE MEDEIROS AGRAVADO: ANTÔNIO MARTINIANO DOS SANTOS
ADVOGADO: JOÃO PINTO BARBOSA NETO - PB008916 AGRAVADO:
VERTEX CONSTRUÇÕES E CONSULTORIA AMBIENTAL LTDA
AGRAVADO: FABRÍCIO RAMALHO CAVALCANTI ADVOGADO: CLÁUDIO
BASÍLIO DE LIMA E OUTRO(S) - PB009313 AGRAVADO: ARCO-ÍRIS
CONSTRUTORA LTDA AGRAVADO: JOSÉ ROBERTO MARCELINO
PEREIRA ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS -
SE000000M INTERES.: UNIÃO EMENTA ADMINISTRATIVO. AGRAVO
REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92.
IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO
QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU
PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO
ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO
CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO
REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental aviado contra decisão
monocrática que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum
publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso
Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara
improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo agravante, na
qual postula, com fundamento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, a
condenação dos ora agravados pela prática de atos de improbidade
administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos
licitatórios, realizados pelo Município de Assunção/PB, para execução de
obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério
das Cidades.

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência
do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é

ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, Documento: 61172580 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 16/11/2017 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. (julgado em 7/11/2017)

Na mesma linha do entendimento do STJ a respeito da culpa grave, vale também registrar o que preleciona Fábio Medina Osório sobre o elemento subjetivo do ato culposo de improbidade administrativa. Vejamos:

[...] culpa grave resulta da alta violação dos deveres objetivos de cuidado. Não tratamos, com efeito, de uma falta de observância qualquer dos deveres de uma boa administração, mas de enganos grosseiros, da culpa manifesta e graduada em degraus mais elevados, à luz da racionalidade que se espera dos agentes públicos e de padrões objetivos de cuidados⁵.

Nota-se, então, que o art. 28 da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrios. Assim, nos feitos submetidos a esta Corte, se identificada uma situação de dolo comprovado ou erro grosseiro ou, ainda, culpa grave, – requisitos exigidos pela LINDB que sinalizam a alta reprovabilidade e censurabilidade do ato praticado – autorizada estará a manutenção de sanções, uma vez que nestes casos, ausentes os elementos excludentes da culpabilidade e da ilicitude da conduta analisada, como a boa-fé expressada pela interpretação equivocada, embora plausível, dos fatos tidos por irregular. Na linha de intelecção da LINDB, passo a análise da defesa, quando da apreciação das irregularidades individualmente tratadas nos tópicos a seguir:

Nestas circunstâncias, ressalto os termos da Lei 13.665/2018, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sancionada no dia 25 de abril passado, que alterou a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, na qual foram introduzidos dez novos artigos, trazendo inovações importantes aos que detêm poder de decisão, com avaliação motivada com base no mundo real e não em abstrações jurídicas. Na

⁵ Teoria da Improbidade Administrativa, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246-247

hipótese vertente, me reporto especialmente ao artigo 22, com o qual o legislador quer evitar, com razão, que ao gestor sejam impostas ações de cumprimento inviável ou impossível. Portanto, a partir desta alteração legislativa o julgador em sua decisão deverá inteirar-se da situação do gestor e ter em conta a realidade, não bastando a alegação genérica que a ele cabe dar efetividade a políticas públicas, in verbis:

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 de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Na linha de raciocínio apontada, reconheço os obstáculos e as dificuldades vivenciadas pelo gestor, em razão das exigências das políticas públicas habitualmente enfrentadas, agravada pela situação política e dos fenômenos naturais, que limitaram e/ou condicionaram a ação do agente em questão, circunstâncias atenuantes que devem ser ponderadas nesta decisão, nos termos do art. 22 da citada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Neste sentido, todos esses fatores me levam a decidir, neste caso concreto, que a não limitação de empenho e o consequente déficit orçamentário e financeiro, não pode ser analisado de forma isolada e desconsiderada as excludentes de culpabilidade evidenciadas nos autos. Portanto, ante as excludentes de culpabilidade evidenciadas, entendo que as irregularidades ora analisadas não se enquadram no conceito de erro grosseiro exposto no item II.4 deste voto, razão pela qual mantenho os indicativos de irregularidade, mas os considero passíveis de ressalva. Ressalta-se, porém, que as irregularidades deverão ser analisadas de forma conjunta.

Com efeito, o atual posicionamento jurisprudencial dos Tribunais entende que a Administração Pública está sujeita ao pagamento de multa, de juros e de correção monetária por atraso na quitação de seus débitos, responsabilizando-se os gestores públicos pelos pagamentos dos encargos financeiros frutos da falta de pontualidade na quitação de obrigações, determinando que o responsável restitua ao cofre do erário a quantia despendida com tal despesa, por considerar ilegal e ilegítima.

Todavia, nem sempre o atraso no cumprimento de obrigação é motivado por ato do gestor público. Na verdade, numa análise superficial e simplista qualquer pessoa

diria que o gestor público é diretamente responsável pelo ressarcimento aos cofres do erário da quantia despendida com encargos financeiros consequentes do atraso de pagamento de obrigações. Contudo, temos ciência de que a Administração Pública é bastante complexa, envolvendo um conjunto de órgãos e entidades responsáveis pela realização da despesa pública.

É a partir da constatação da complexidade administrativa do setor público que, para se determinar a responsabilidade do gestor, deverá ser observada a sua atuação na condução da coisa pública, que nada mais é do que verificar a boa-fé ou não na prática de seu ato.

Nessa linha, no caso concreto, não restou demonstrado erro grosseiro ou descaso dos gestores, pois consta nos autos que tentaram sanar as pendências previdenciárias porem em razão da alta materialidade do valor não conseguiram mesmo após as tentativas de vários parcelamentos e acordos.

Portanto, diante do caso concreto, entendo cabível a utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a decisão do meu voto, conforme passo a fundamentar.

Proporcionalidade e razoabilidade não são temas novos, muito pelo contrário, já eram abordados pela filosofia na antiguidade. Aristóteles, ao tratar do sentido de equidade e suas respectivas relações com a justiça, definiu que o justo é uma espécie de termo proporcional:

Eis aí, pois, **o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção.** Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. [g.n.]
(**Ética a Nicômaco**; Poética / Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 103)

O Direito Constitucional contemporâneo debruçou-se sobre o mesmo assunto que, para o doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, tem estatura constitucional e é um dos cernes do devido processo legal, princípio cuja inteireza abarca diversos quadrantes da ordem jurídica como o direito à liberdade e à propriedade:

O princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou proibição de excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos, eliminando o arbítrio e o abuso de poder.

Os americanos o qualificativo razoabilidade; os alemães, proporcionalidade; os europeus, proibição de excesso. Todos esses termos são apropriados, pois computam ideia de prudência, sensatez, bom senso, equilíbrio. Isso é o que interessa.

(**Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 691.)

A ordem jurídica instaurada pela Constituição Federal de 1988, consagrou princípios explícitos e implícitos derivados do devido processo legal de que trata o art. 5º, LIV da CF, entre os quais se encontram os princípios implícitos da razoabilidade e da proporcionalidade:

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [g.n.]

Alinhada ao ordenamento pátrio, a Constituição do Estado do Espírito Santo também cuidou de direcionar a atuação dos órgãos da Administração pública segundo os mesmos princípios, fazendo-o, contudo, de maneira expressa:

Art. 32 As administrações públicas direta e indireta de quaisquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e motivação [...]:

Fábio Medina Osório afasta qualquer margem de dúvida a respeito da aplicabilidade de tais princípios às diferentes searas de atuação administrativa, quando afirma que “um princípio ou postulado intimamente conectado ao devido processo legal substancial é o da razoabilidade das leis, dos **atos jurisdicionais** e dos administrativos, que preside, por certo, toda a atividade estatal sancionadora”. Para Medina, deve-se exigir um devido processo legal proporcional e razoável, pois são princípios complementares e indissociáveis. E mais:

A razoabilidade é princípio que decorre da adoção do devido processo legal na ordem constitucional, eis que, com efeito, **ninguém será privado da liberdade ou de seus bens** sem o devido processo legal (art. 5º, IIV).

[...]

Privação de liberdade há de ser interpretada, aqui, do modo mais amplo possível. Não se trata de pena privativa de liberdade. Uma restrição a direitos políticos não é pena restritiva de liberdade, mas priva o agente do gozo de uma liberdade política, v.g., candidatar-se a cargos públicos, ou a cargos eletivos, ou usufruir do direito-dever de voto. Uma sanção que proíbe alguém de contratar com a Administração Pública, ou dela receber benefícios fiscais ou creditícios, subvenções por determinado período, atinge sua liberdade de contratar e de participar da vida negocial (g.n.).

(**Direito Administrativo Sancionador**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181)

Nesse mesmo sentido, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 tratou de ditar as diretrizes principiológicas a serem obedecidas pela Administração Pública, inclusive quando sua atuação se der no âmbito administrativo processual:

Art. 2º **A Administração Pública obedecerá**, dentre outros, **aos princípios da** legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. **Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:**

I - **atuação conforme a lei e o Direito;**

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**

VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;**

VIII - **observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;**

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. [g.n.]

Como se percebe, a privação da liberdade deve ser interpretada de forma ampla, merecendo, então, a mesma intensidade a privação de bens, na medida em que um processo administrativo que visa aplicar multa ou impor ressarcimento pode atingir os bens do indivíduo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia decodificam outra questão relevante para os direitos e garantias constitucionais. Eles asseveram que ao não estabelecer seguro critério e devida apuração de proporcionalidade/razoabilidade, arrisca-se tolher outro legítimo direito, o de exercer qualquer trabalho, ofício ou profissão, que é a básica garantia individual expressamente assentada no inciso XIII, do art. 5º da Constituição Federal. Por isso:

É dever do aplicador da sanção (Estado Juiz ou Estado Administração) verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade à luz dos princípios que informam a atuação daqueles que se relacionam com a Administração Pública ou que manejam recursos públicos.
(**A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico disponível em www.direitodoestado.com.br. Nº 28, novembro, dezembro, janeiro/2012. p. 7,9)

O Manual de Boas Práticas Processuais dos Tribunais de Contas publicado pela ATRICON – Associação e Membros de Tribunais de Contas do Brasil e pelo Instituto Rui Barbosa define o princípio da proporcionalidade da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade deve ao Direito Administrativo a sua primeira aparição na Ciência Jurídica. Ainda na primeira metade do século passado, os administrativistas perceberam que a defesa da boa ordem da coisa pública, em especial quando se tratasse do exercício do Poder de Polícia, exigia uma intervenção estatal reguladora que não desbordasse da lógica da proporcionalidade. Lembrando uma velha figura de retórica cunhada por Fritz Fleiner, dizia-se que **a Administração Pública não poderia utilizar um canhão para abater um pequeno alvo.** De lá para cá, o tema proporcionalidade sofre grande evolução, tendo a doutrina e a jurisprudência, ainda em tempos recentes, cunhado alguns parâmetros para que, no caso concreto, fosse possível avaliar a eventual desproporcionalidade de certos atos administrativos.

O art. 1º, § 1º, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) estabelece que na fiscalização e no julgamento de contas que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a **razoabilidade e a**

proporcionalidade dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas.

A meu ver, esta é a interpretação correta para o caso concreto, pois somente uma análise ponderada do conjunto das informações acima analisadas, permitirá que este Tribunal decida de forma proporcional, razoável e justa.

Por fim, nesse caso concreto, ante a ausência de erro grosseiro ou dolo por parte do responsável voto por excluir a irregularidade do gestor até mesmo por agir de forma a preservar o patrimônio ambiental sob sua responsabilidade.

III. 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), divergindo do entendimento do Conselheiro Relator, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

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 pelo relator, pela:

1. IMPROCEDÊNCIA da Representação ora apresentada, nos termos do art. 95, inciso I, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012;

2. Recomendar ao atual gestor, ou a que vier sucedê-lo, que apure através de procedimento administrativo disciplinar eventuais falhas na condução do processo e identificar os responsáveis pelo atraso na finalização da Concorrência 09/2020, que culminaram na contratação emergencial e, de igual modo, recomendar que realize planejamento para que as contratações que contemple eventuais intempéries, elidindo atrasos e a realização de contratações emergenciais.

3. Dê-se ciência aos interessados na forma regimental e após **arquite-se**.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO
Conselheiro

VOTO COMPLEMENTAR DO RELATOR

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Representação, com pedido de medida cautelar, interposta pela pessoa jurídica Emec Obras e Serviços Ltda, em face da Secretaria de Meio Ambiente de Vitória, em virtude de suposta irregularidade na Contratação Emergencial decorrente da suspensão da Concorrência Pública nº009/2020 (Processo Licitatório nº4984477/2019), deflagrada pela Secretaria Municipal de Gestão, Planejamento e Comunicação – SEGES do Município de Vitória – ES, cujo objeto é a prestação de serviços continuados de manutenção de áreas verdes sob administração da secretaria de meio ambiente, incluindo ferramental e instrumental técnico adequado, uniformes, equipamentos de proteção, mão de obra, encargos sociais, seguros, administração, deslocamentos, peças e materiais.

Após a regular instrução, pautei o presente processo para julgamento na 2ª Sessão Ordinária do Plenário, realizada em 23 de janeiro de 2023. Naquela oportunidade proferi o Voto do Relator 00357/2023. O eminente Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto solicitou vista dos autos.

Nesse íterim sobreveio a Defesa Oral 002/2023-1 apresentada pelo Sr. Ademir, por meio do Protocolo:01718/2023, juntado ao presente conforme eventos 137 e 138. Diante disso, entendo por necessário a presente complementação.

Reitero os termos do relatório apresentado em meu voto, passo à análise complementar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Pois bem, o objetivo desta Complementação consiste na apreciação da Defesa Oral 002/2023-1 apresentada pelo responsável, por meio do Protocolo:01718/2023 (eventos 137 e 138).

Analisando os memoriais e sustentação oral, verifico que, em síntese, as razões apresentadas reprisam o alegado em sede defesa.

O patrono do Sr. Ademir reitera a tese de ilegitimidade *ad causam* buscando afastar sua responsabilização, defendendo que *servidores legalmente investidos de competência declararam ter verificado a existência, nos autos do processo, de toda a documentação necessária à perfectibilização da contratação. Deste modo, não restou alternativa ao Sr. Ademir senão emitir a ordem para a realização do procedimento, tendo em vista ainda a urgência da manutenção dos serviços que deu origem à contratação emergencial.*

Arguiu que autorização da contratação emergencial dada pelo Sr. Ademir não foi emanada por ato de responsabilidade pessoal do manifestante, “mas teve como fundamento, na realidade, nas declarações de regularidade elaboradas por servidores públicos competentes e, alega que este Tribunal de Contas deve realizar a devida matriz de responsabilidade, identificando os servidores públicos responsáveis por cada ato como forma de atribuir responsabilidades pelas supostas irregularidades narradas em suas manifestações”.

Como aludido, o expediente reitera os elementos de defesa até então apresentados e analisados pela equipe técnica desta Corte, bem como pelo Ministério Público de Contas e que foram devidamente apreciados no **Voto do Relator 00357/2023**.

Além disso, não sobreveio aos autos nenhum argumento ou elemento novo de prova capaz e suficiente a movimentar a força de trabalho desta Corte de Contas para realizar nova instrução técnica, bem como a mudar meu entendimento sobre a matéria em debate.

Como assentado em meu Voto, consta dos trabalhos técnicos que o envio dos ofícios para as empresas apresentarem a suas cotações de preços, **partiram do Sr.**

Ademir Barbosa Filho, Secretário Municipal de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Vitória, conforme demonstrado nos Ofícios a seguir enumerados:

- Ofício 446/2020 SEMMAM GAB, datado de 17 de agosto de 2020, tendo como destino a empresa Corpus Saneamento e Obras Ltda (ev. 57 fls. 12);
- Ofício 447/2020 SEMMAM GAB, datado de 17 de agosto de 2020, tendo como destino a empresa Sanepav Saneamento Ambiental Ltda (ev. 57 fls.14) e;
- Ofício 448/2020 SEMMAM GAB, datado de 17 de agosto de 2020, tendo como destino a empresa **Sustentare Saneamento SA** (ev. 57 fls, 16)

Ademais, ficou evidente que o Sr. Ademir Barbosa Filho não observou devidamente as orientações da Procuradoria Municipal de da Controladoria, bem como a Recomendação 02/2020 do Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo e que as justificativas apresentadas nos autos não são suficientes para elidir sua reponsabilidade.

Entendo por rejeitar as justificativas do Sr. Ademir Barbosa Filho por ficar compreendido que sua conduta ensejou na violação ao art. 26, Parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, além, da inobservância das cautelas necessárias sugeridas no decorrer de sua ação, para que, dessa forma, pudesse evitar a irregularidade na contratação emergencial.

Assim, após devidamente apreciado o Protocolo:01718/2023 (eventos 137 e 138), mantenho os exatos termos do Voto do Relator 00357/2023, com as complementações ora apresentadas e devolvo os autos ao regular julgamento desta Casa de Contas.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, acolhendo **os entendimentos técnico e ministerial**, mantenho os exatos termos do Voto do Relator 00357/2023, com as complementações ora apresentadas e VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de ACÓRDÃO que submeto à sua consideração.

Vistos, relatados e discutidos os autos, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, ante as razões expostas pelo Relator, em:

7. **Dar Procedência Parcial** da Representação, nos termos do art. 95, inciso II, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012, diante da configuração da irregularidade Contratação emergencial irregular, por violar o art. 26, Parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93;
8. **Rejeitar as razões** de justificativa apresentada pelo **Sr. Ademir Barbosa Filho** (ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente de Vitória), nos termos do voto, aplicando-lhe multa no valor de **R\$ 3.000 (três) mil reais**;
9. **Recomendar** ao atual gestor, ou a que vier sucedê-lo, que apure através de procedimento administrativo disciplinar eventuais falhas na condução do processo e identificar os responsáveis pelo atraso na finalização da Concorrência 09/2020, que culminaram na contratação emergencial e, de igual modo, recomendar que realize planejamento para que as contratações que contemple eventuais intempéries, elidindo atrasos e a realização de contratações emergenciais.
10. **Dar ciência** ao Representante e ao(s) interessados do teor da decisão tomada por este Tribunal de Contas, nos termos do art. 307, §7º, do RITCEES;
11. **Remeter** os autos ao Ministério Público de Contas, após a confecção deste Acórdão nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012;
12. **Arquivar os autos** nos termos do art. 330, IV, da Resolução nº 261/13, Regimento Interno do TCEES.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-00142/2023-7

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

1.1. IMPROCEDÊNCIA da Representação ora apresentada, nos termos do art. 95, inciso I, c/c art. 99, §2º, ambos da Lei Complementar 621/2012;

1.2. Recomendar ao atual gestor, ou a que vier sucedê-lo, que apure através de procedimento administrativo disciplinar eventuais falhas na condução do processo e identificar os responsáveis pelo atraso na finalização da Concorrência 09/2020, que culminaram na contratação emergencial e, de igual modo, recomendar que realize planejamento para que as contratações que contemple eventuais intempéries, elidindo atrasos e a realização de contratações emergenciais;

1.3 Dê-se ciência aos interessados na forma regimental e após **arquite-se**.

2. Por maioria, nos termos do voto vista do conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Vencidos o relator, conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que votou pela procedência da representação, rejeição das razões de justificativa e aplicação de multa ao responsável, e o conselheiro Domingos Augusto Taufner, que o acompanhou.

3. Data da Sessão: 02/03/2023 - 7ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões