



Acórdão 00285/2023-8 - Plenário

Processos: 02991/2021-5, 02976/2021-1, 02777/2021-1, 02002/2016-6, 01700/2016-4

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMI - Prefeitura Municipal de Itapemirim

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: LUCIANO DE PAIVA ALVES, REGINA NASCIMENTO DE OLIVEIRA, VIVIANE DA ROCHA PECANHA, ADRIANA PAULA VIANA ALVES, ALEX WINGLER LUCAS, PATRICIA MONTEIRO SOARES DA SILVA ELIAS, JOSE DAS GRACAS PEREIRA, FERNANDA PINHEIRO MEZHER, PAULO JOSE AZEVEDO BRANCO, MARCELLE PERIM ALVES, THALES MORENO GEOO, LUCIA HELENA PAZINI HAUTEQUESTT, FABIANA DE MATOS, GLEICE LEONTINA MORANDI XAVIER, SILVIA OLINDA DE ALMEIDA MARDEGAN SUETT, LYGIA MARIA DAIBERT FURTADO, AURISTONE DE PAULA VIANA, MARCIA ARAUJO GARCIA DA SILVA, PAULO ROBERTO DE PAULA JUNIOR, TARCIZO MARVILA PECANHA, RICARDA MARTINS ALVES, VANDA MARCIA FERRI LEMOS, THIAGO PECANHA LOPES, R. SANTANA CONSULTORIA E CAPACITACAO LTDA, R DE C.M FALCAO EVENTOS, INSTITUTO CONHECER, HOSPITAL EVANGELICO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM, VINICIUS RIBEIRO DE FREITAS

Recorrente: EDUARDO CAVALCANTE GONCALVES

Procuradores: FERNANDO ALVES AMBROSIO (OAB: 4508-ES), FLAVIO COUTINHO SAMPAIO (OAB: 9133-ES), YAMATO AYUB ALVES (OAB: 10663-ES), AILZA SANTOS SILVA, CRISTINA FERNANDES KFURI LOPES (OAB: 130226-MG), MARIANA GOMES AGUIAR (OAB: 22270-ES), MARIANA SOUZA ASSIS, PAULO REIS FINAMORE SIMONI, POLIANE DIAS COCO (OAB: 26492-ES), RAFAEL VASCO RIPOLI (OAB: 6114-ES), RENAN KFURI LOPES (OAB: 42150-MG, OAB: 215675-RJ), RODRIGO BARCELLOS GONCALVES (OAB: 15053-ES), THIAGO DA SILVA CHAVES

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER – DAR
PROVIMENTO – REFORMAR O ACÓRDÃO TC
00681/2021 – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

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

1. DO RELATÓRIO:

Tratam os autos de **Recurso de Reconsideração** interposto pelo **senhor Eduardo Cavalcante Gonçalves**, em face do **ACÓRDÃO TC 00681/2021 - 1ª Câmara** (Processo TC 1700/2016 - Tomada de Contas Especial Convertida), complementado pelo **ACÓRDÃO TC 00338/2022 - 1ª Câmara** (Processo TC 2777/2021- Embargos de Declaração), que aplicou multa individual ao Recorrente no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

O Recorrente, em síntese, almeja o provimento do recurso, a fim de que seja reexaminado o teor do Acórdão 0681/2021 – Primeira Câmara para retirar a aplicação de multa ao Recorrente, pois não teria agido com dolo, erro grosseiro ou má-fé.

Registre-se que o presente recurso foi conhecido como Recurso de Reconsideração, em razão da aplicação do princípio da fungibilidade recursal, conforme Decisão Monocrática nº 00636/2022 (evento 07).

Instada a se manifestar, a Área Técnica, por meio do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas, nos termos da Instrução Técnica de Recurso nº 00314/2022 (evento 09), opinou, em síntese, pelo provimento parcial, nos seguintes termos:

[...]

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do presente Recurso de Reconsideração, no sentido de afastar a responsabilidade do Sr. Eduardo Cavalcante Gonçalves quanto a irregularidade descrita no subitem D do item II.3.2 do Acórdão TC 681/2021, com a alteração dada pelo acórdão TC 338/2022, a saber:

Item II.3.2 Fuga ao procedimento licitatório (subitem 2.2.2 do RAO12/2017)

D) Processo 29.284/15. Jornada da Saúde 2015. Instituto Conhecer. R\$ 402.453,00(subitem 2.2.2.4 do RAO 12/2017e 4.2.2D da ITC 5501/2020).

Outrossim, permanece a responsabilidade do recorrente quanto a irregularidade descrita no subitem A do item II.3.2 do Acórdão TC 681/2021, com a alteração dada pelo Acórdão TC 338/2022:

Item II.3.2 Fuga ao procedimento licitatório (subitem 2.2.2 do RAO12/2017)

A) Processo 19.472/13. Jornada Pedagógica 2013. R de C M Falcão Eventos. R\$ 429.340,00 (subitem 2.2.2.1 do RAO 12/2017 e 4.2.2A da ITC 5501/2020)

O Ministério Público de Contas, através do Parecer nº 04239/2022-3 (evento 13), da lavra do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu à proposta contida na Instrução Técnica de Recurso 00314/2022-1.

É relatório. Passo a fundamentar.

VOTO

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

2.1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:

Inconformado, o senhor **Eduardo Cavalcante Gonçalves** interpôs o presente recurso, em face do **ACÓRDÃO TC 00681/2021 - 1ª Câmara**, prolatado nos autos do Processo TC nº 1700/2016, relativo à Tomada de Contas Especial Convertida, complementado pelo ACÓRDÃO TC 00338/2022 - 1ª Câmara (Processo TC 2777/2021 - Embargos de Declaração), com a finalidade de retirar a multa a ele aplicada, pois não teria agido com dolo, erro grosseiro ou má-fé.

Cabe informar que o Colegiado da 1ª Câmara deste Egrégio Tribunal de Contas, nos termos do Acórdão TC nº 00681/2021, assim deliberou, *litteris*:

[...]

1. ACÓRDAO TC-681/2021-4

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

1.1. DAS PRELIMINARES ARGUIDAS:

1.1.1. REJEITAR a preliminar de nulidade de citação, suscitada por sr. Luciano de Paiva Alves, sra. Regina Nascimento de Oliveira, sra. Adriana Paula Vianna Alves, sra. Patrícia Monteiro Soares da Silva Elias, sra. Fernanda Pinheiro da Silva, sr. Thales Moreno Geão e sr. Alex Wigner Lucas, r. De C. M. Falcão Eventos EPP e Instituto Conhecer conforme fundamentação contida neste voto;

1.1.2. REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada por sr. Luciano de Paiva Alves, sra. Marcelle Perim Alves Vianna, sr. Paulo José Azevedo Branco, conforme fundamentação contida neste voto;

1.1.3. REJEITAR a preliminar de incompetência do TCE-ES, suscitada por sr. José das Graças Pereira, R. De C. M. Falcão Eventos EPP e Instituto Conhecer, conforme fundamentação contida neste voto;

1.2. QUANTO AO MÉRITO:

1.2.1. AFASTAR a responsabilidade de R. Santana Consultoria e Capacitação Ltda., empresa contratada, pelos achados de auditoria apontados no RAO 12/2017 e na ITI 285/2017, nos termos da fundamentação contida na ITC 5501/2020;

1.2.2. AFASTAR a responsabilidade do Hospital Evangélico Cachoeiro de Itapemirim (HECI), conveniente, pelos achados de auditoria apontados no RAO 12/2017 e na ITI 285/2017, nos termos da fundamentação contida na ITC 5501/2020;

1.2.3. AFASTAR a responsabilidade dos membros da Comissão Periódica de Execução dos Convênios (CAPEC) pelos achados de auditoria apontados no RAO 12/2017 e na ITI 285/2017, nos termos da fundamentação contida na ITC 5501/2020;

1.2.4. AFASTAR a responsabilidade da Sra. Regina Nascimento de Oliveira, Secretária Municipal de Educação de Itapemirim, pelos achados de auditoria apontados no RAO 12/2017 e na ITI 285/2017, nos termos da fundamentação contida na ITC 5501/2020;

1.2.5. AFASTAR a responsabilidade do Sr. José das Graças Pereira, Procurador-geral do Município de Itapemirim, pelos achados de auditoria apontados no RAO 12/2017 e na ITI 285/2017, nos termos da fundamentação contida na ITC 5501/2020;

1.3. CONVERTER o processo em tomada de contas especial, na forma do artigo 207, VI, do RITCEES, julgando-a **IRREGULAR**:

1.3.1. acolher, parcialmente, as razões de justificativas/defesa apresentadas pela Sra. Viviane da Rocha Peçanha Gonçalves, Secretária Municipal de Educação (de 2/1/13 a 10/6/14) e Prefeita de Itapemirim (de 31/03/15 a 01/09/15), condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual de R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, incisos II e III, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, bem como ao ressarcimento de 127.598,65 VRTE, equivalentes à época dos fatos a R\$ 303.940,00, solidariamente com R. de C. M. Falcão Eventos

¹ Art. 114. Ao proceder à fiscalização de ato, contrato, convênio, acordo, ajuste e instrumentos congêneres, o Relator ou o Tribunal de Contas:

(...)

Parágrafo único. Não sendo aceitas as razões de justificativa, ou na hipótese de revelia, o Tribunal de Contas decidirá sobre a matéria e aplicará ao responsável as sanções previstas em lei, sem prejuízo de outras providências que poderá adotar.

EPP, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais e danos ao erário;

1.3.2. condenar o Sr. Eduardo Cavalcante Gonçalves (revel), Subprocurador-geral de Itapemirim, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual de R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.3. acolher, parcialmente, as razões de justificativas/defesa apresentadas pela Sra. Adriana Paula Viana Alves, Secretária Municipal de Educação (de 11/06/14 a 10/04/15 e de 11/09/15 a 16/05/16), condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, incisos II e III, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais, descritos nos subitens 6.1.1, "B" e "C", e 6.1.2, "B", "I" e "II", e "C", desta ITC, bem como ao ressarcimento de 306.431,89 VRTE, equivalentes à época dos fatos a R\$ 800.966,00, solidariamente com R. de C. M. Falcão Eventos EPP e Instituto Conhecer, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais e danos ao erário

1.3.4. acolher, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pela Sra. Marcelle Perim Alves Viana, Procuradora Municipal de Itapemirim, condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.5. acolher, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pelo Sr. Paulo José Azevedo Branco, Procurador Municipal de Itapemirim, condenando-o, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.6. acolher, parcialmente, as razões de justificativas/defesa apresentadas pelo Sr. Alex Wingler Lucas, Secretário Municipal de Saúde (02/01/13 a 22/05/15 e a partir de 09/09/15), condenando-o, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.7. acolher, parcialmente, as razões de justificativas/defesa apresentadas pela Sra. Patrícia Monteiro Soares da Silva Elias, Secretário Municipal de Educação (de 13/04/15 a 10/09/15), condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.8. acolher, parcialmente, as razões de justificativas apresentadas pela Sra. Fernanda Pinheiro da Silva, Subprocuradora-geral de Itapemirim, condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.9. acolher, parcialmente, as razões de justificativas/defesa apresentadas pelo Sr. Luciano de Paiva Alves, Prefeito de Itapemirim, condenando-o, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, inciso II, do diploma legal citado, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais;

1.3.10. rejeitar as razões de justificativas/defesa apresentadas por R. de C. M. Falcão Eventos EPP, empresa contratada, condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, incisos II e III, do diploma legal citado, e ressarcimento de 262.741,05 VRTE, equivalentes à época dos fatos a R\$ 644.634,00, solidariamente com a Sra. Viviane da Rocha Peçanha Gonçalves e com a Sra. Adriana Paula Viana Alves, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais e danos ao erário;

1.3.11. acolher, parcialmente, as razões de justificativas/defesa apresentadas por Instituto Conhecer, empresa contratada, condenando-a, com fulcro no artigo 114, parágrafo único da LCE 621/2012 (LOTCEES), ao pagamento da multa individual R\$ 1.000,00 prevista no artigo 135, incisos II e III, do diploma legal citado, e ressarcimento de 171.289,49 VRTE, equivalentes à época dos fatos a R\$ 460.272,00, solidariamente com a Sra. Adriana Paula Viana Alves, pela prática dos atos ilícitos que causaram graves infrações às normas legais e danos ao erário;

1.3.12. deixar de aplicar penalidade ao Sr. Thales Moreno Geão, pela prática do ato ilícito descrito no subitem 6.1.6 da ITC 5501/2020, conforme fundamentação contida no subitem 4.4.1 da ITC 5501/2020

1.4. EXPEDIR DETERMINAÇÃO ao Município de Itapemirim, nas pessoas de seu prefeito e de seu secretário municipal de saúde, a fim de que:

1.4.1. caso pretenda firmar convênio destinado a transferir à iniciativa privada a operação e gestão do HMMJ, instaure processo administrativo, para chamamento público/concurso de projetos, buscando a apresentação de projetos por instituições privadas sem fins lucrativos, que seja instruído, obrigatoriamente, com Estudo Técnico que demonstre, fundamentadamente, a necessidade e a vantajosidade dessa opção;

1.4.2. caso pretenda firmar convênio destinado a transferir à iniciativa privada a operação e gestão do HMMJ, instaure processo administrativo, para chamamento público/concurso de projetos, buscando a apresentação de projetos por instituições privadas sem fins lucrativos, que contenha em seu bojo **(I)** os requisitos mínimos que devem ter os planos operativos de apresentação obrigatória (conforme normativos vigentes do Ministério da Saúde), e **(II)** os critérios objetivos de avaliação e escolha dos projetos apresentados.

1.4.3. aprimorem o processo de análise das prestações de contas do HECI em relação ao convênio de gestão e operacionalização do HMMJ de modo que **I)** em relação à prestação de contas dos custos variáveis (procedimentos), seja exigido que o HECI comprove todos os procedimentos realizados no mês, através dos respectivos prontuários de atendimento, individualizando-os de acordo com seus códigos no SUS e aplicando sobre o total mensal de cada espécie de procedimento os valores da tabela SUS ou da Tabela CIM-SIL (naqueles procedimentos em que houver precificação na tabela regional); **II)** em relação à prestação de contas dos custos fixos, seja exigido que o HECI comprove, através dos

documentos hábeis a tal finalidade, o pagamento de todos os custos fixos relacionados com os serviços médico-hospitalares prestados no HMMJ, e com a operação, conservação e manutenção do hospital;

1.4.4. exija do HECI no convênio ainda vigente e de qualquer conveniente em futuro convênio para gestão e operacionalização do HMMJ que, na aquisição de bens, obras e serviços com recursos de convênios, **(I)** faça ampla divulgação no sítio eletrônico da organização social na rede eletrônica da internet, de forma a possibilitar a oferta pública a interessados, **(II)** utilize preferencialmente as atas de registros de preços da SESA e de outros órgãos estaduais, municipais ou federais, salvo em caso de obtenção por meios próprios de valores inferiores aos registrados; e **(III)** faça publicar, no mínimo em meio eletrônico, os editais e os resultados dos processos de aquisições.

1.5. EXPEDIR ofício ao Ministério Público do Estado do Espírito Santo acerca dos fatos tratados neste voto, uma vez que podem ter relação com a operação “Olisipo”, realizada pelo referido órgão de controle no Município de Itapemirim e que investigava a prática de crimes em contratações públicas.

1.6. DAR ciência aos interessados e ao MPC.

1.7. Transitado em julgado, **ARQUIVE-SE.**

2. Unânime

3. Data da Sessão: 28/05/2021 – 24^a Sessão Ordinária da 1^a CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator) Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Ficam os responsáveis obrigados a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo. – g.n.

(...)

Na sequência, os senhores Luciano de Paiva Alves e Alex Wingler Lucas, bem como as senhoras Regina Nascimento de Oliveira, Adriana Paula Viana Alves, Patrícia Monteiro Soares da Silva Elias e Fernanda Pinheiro Mezher, interpuseram Embargos de Declaração, autuado no Processo TC nº 2777/2021, tendo o Colegiado da 1^a Câmara, nos termos do **ACÓRDÃO 338/2022**, assim deliberou:

[...]

1. ACÓRDÃO TC-338/2022:

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

1.1. CONHECER dos Embargos De Declaração interpostos por LUCIANO DE PAIVA ALVES, REGINA NASCIMENTO DE OLIVEIRA, ADRIANA PAULA VIANA ALVES, PATRICIA MONTEIRO SOARES DA SILVA ELIAS, FERNANDA PINHEIRO MEZHER e ALEX WINGLER LUCAS. E no mérito, pelo seu **PROVIMENTO**, em razão da caracterização da contradição suscitada pelos embargantes, em relação ao subitem II.3.2 do Acórdão TC 681/2021-4, relativo ao Processo TC 1700/2016-4 na sua parte introdutória que deverá ser alterada para:

II.3.2 Fuga ao procedimento licitatório (subitem 2.2.2 do RAO 12/2017)

CRITÉRIOS: Lei 8.666/93, arts. 2º; 7º, I e § 2º; 25, II; 26, caput e § único.

- O Relatório de Auditoria

O Relatório de Auditoria 12/2017 apontou, o seguinte:

Conforme exposto, a contratação das empresas Instituto Conhecer e R. de C. M. Falcão nos anos de 2013, 2104 e 2015, pela prefeitura de Itapemirim foram realizadas por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, II, c/c art. 13 da Lei 8.666/93, conforme fundamentado pelo Procurador.

Entretanto, em todos os processos analisados (jornadas e formação continuada), constata-se efetivamente a utilização indevida da inexigibilidade de licitação, configurando a fuga ao procedimento licitatório, em função da vaga e insuficiente razão da escolha do fornecedor, da ausência de comprovação da notória especialização da empresa contratada e da necessária conexão entre a singularidade do objeto e a notoriedade da empresa contratada.

Conforme relatado, embora esteja sob o signo de “cursos de capacitação abertos” pelos quais se cobram “inscrições”, o entendimento é de que se trata efetivamente de contratação de empresa para realizar os eventos “fechados” à margem da licitação.

Tanto assim que as empresas contratadas (R. de C. M. Falcão e Instituto Conhecer) contatam previamente os agentes da prefeitura de Itapemirim para que seja cedido pelo município o espaço para a realização dos eventos (normalmente em escolas municipais).

Entretanto, é evidente que, além da cessão prévia do espaço público, a realização do evento teria de ter a garantia da participação dos servidores da prefeitura de Itapemirim – do contrário, não haveria qualquer interesse da empresa em realizá-los, o que demonstra que o interesse das empresas, antes de atuar na oferta e realização de cursos de capacitação, é garantir o recebimento de receitas públicas.

Ou seja, o evento só ocorre porque a prefeitura garante previamente o pagamento de várias centenas de inscrições – ou, ao contrário, o evento não seria realizado pelas empresas se não houvesse a inscrição dos servidores municipais (500 ou mais).

Quer dizer: é a prefeitura de Itapemirim a responsável pela realização do evento, especialmente em relação às receitas obtidas pelas empresas. Se assim é, o pagamento por “inscrição” (como se “curso aberto” fosse) é a forma menos eficiente para realizar os eventos, já que a contratação preferencialmente por licitação resultaria em vantagem para a prefeitura.

Ademais, há que se considerar que a própria programação dos eventos deveria atender a uma demanda previamente definida no âmbito da Secretaria de Educação, visto que a inscrição de várias centenas de servidores para supostamente participarem de cursos de capacitação deveria ser adequada e pertinente às necessidades identificadas em relação aos profissionais da Secretaria de Educação, e não o contrário – 500 ou 600 servidores participarem de capacitação com programação definida exclusivamente por empresas, sem noção da realidade, da pertinência, atuação e deficiência de cada um deles.

Logo, os processos relatados a seguir não devem ser entendidos como de “inscrição em cursos de capacitação” (“curso aberto”), mas de contratação de empresas (como afirmam os pareceres dos procuradores, orientando pela inexigibilidade) para “curso fechado” com fuga ao procedimento licitatório.

Os serviços contratados resumem-se a cinco ou seis palestras simples, comuns e genéricas, a maioria de cunho motivacional e de autoajuda, sem conteúdo didático ou técnico, ministradas por no máximo 90 minutos para plateias de 400, 600 ou 800 participantes.

Os Pareceres dos Processos nº 10.924/13 (Conied), nº 19.472/13 (“Jornada Pedagógica”, 2013), nº 29.284/15 (“1ª Jornada da Saúde” 2015) e nº 14.467/15 (“Formação Continuada”, 2015), denotando, ainda, desídia, desinteresse, imperícia e negligência por parte dos agentes.

Mantendo-se os demais termos do Acórdão 681/2021-4, relativo ao Processo TC 1700/2016-4.

1.2. DAR ciência aos interessados e ao MPC.

1.3. Transitado em julgado, **ARQUIVE-SE.**

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 18/03/2022 – 10ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (relator) e Rodrigo Coelho do Carmo. – g.n.

(...)

Isto posto, passo a tecer considerações quanto aos pressupostos de admissibilidade do presente recurso.

2.2. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

Com relação aos pressupostos de admissibilidade, destaco que o presente Recurso já fora conhecido, através da Decisão Monocrática nº 00636/2022-1, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, bem como foi aplicado o princípio da fungibilidade recursal, razão pela qual entendo que deve ser mantido o conhecimento do recurso intentado, conforme antes decidido.

Ultrapassada esta fase, passo à análise do mérito recursal.

2.3. DO MÉRITO RECURSAL:

É importante destacar que a multa aplicada ao Recorrente, no Processo TC nº 1700/2016, é oriunda da irregularidade “Fuga ao procedimento licitatório (subitem 2.2.2 do RAO 12/2017)”.

A Área Técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consulta, por meio da Instrução Técnica de Recurso nº 00314/2022-1, acompanhado pelo *Parquet* de Contas, conforme Parecer nº 4239/2022, assim se manifestou, *litteris*:

2. ANÁLISE DAS RAZÕES RECURSAIS

Em síntese apertada, o Recorrente almeja a reforma do acórdão para afastar sua responsabilização e a sanção pecuniária que lhe foi imposta em face das irregularidades intituladas “*Fuga ao Procedimento Licitatório*”.

Invocando a inviolabilidade do advogado por ato e manifestações no exercício de sua profissão, assegurada na Constituição Federal (art.133) e na Lei n.º 8.906/1994 (art. 2º, § 3º e art. 7º, I), bem como a previsão legal de responsabilização do advogado por seus atos, no exercício da profissão apenas quando age com dolo ou culpa (art. 32 da Lei 8.906/1994), argumenta que a responsabilização do advogado parecerista somente poderia ocorrer quando sua atuação caracteriza uma conduta dolosa ou culposa, o que não teria ocorrido nos autos.

Acrescenta que mesmo que “*se estivesse diante de ato administrativo ilegal e lesivo, praticado por outrem, a condenação do parecerista somente poderia ocorrer com a verificação precisa de teratologia E má-fé na construção da integralidade de sua peça jurídica; o que NÃO restou demonstrado nos autos*”.

Reforçando seus argumentos cita jurisprudência do Tribunal de Justiça do ES (Apelação 0038925-19.2008.8.08.0024 ;Agravo de Instrumento 19159000124); do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com destaque a possibilidade de interpretação equivocada de legislação não configurar ato ilícito (Ap. Cível 0223803-67.2013.8.21.7000.

Argumenta que a área técnica desta Corte de Contas “***NÃO demonstrou nos autos hipóteses de danos ao erário, dolo, culpa ou erro grosseiro na orientação jurídica constante do parecer proferido***”, o que seria indispensável para a responsabilização, tendo o parecer sido exarado no exato termos da lei 8.666/93.

Acrescenta que o Superior Tribunal de Justiça “***condiciona*** a responsabilização de procuradores à verificação, no caso concreto, de que a ***má-fé*** tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer”. (RE 1.183.504); E que o entendimento do Tribunal de Contas da União e desta Corte de Contas é no sentido de que para a responsabilização do parecerista é preciso a caracterização do erro grosseiro ou inescusável, com dolo ou culpa”.(TCU, Acórdão Nº 1857/2011; TCEES, Acórdão n.º 1727/2015).

Ainda, citando o texto que fundamentou a aplicação da sanção pecuniária a ele imposta (art. 135, II da Lei Complementar 621/2012), argumenta, conforme alegações expostas acima, não ter praticado ato que infringiu norma legal e não cometeu ato de gestão ilegítimo, “*pois proferiu toda a orientação jurídica, suficientemente fundamentada, ao gestor que solicitou o parecer*”.

Análise

O recorrente almeja a reforma do acórdão para afastar sua responsabilização e a sanção pecuniária que lhe foi imposta em face da irregularidade intitulada “Fuga ao Procedimento Licitatório”, sob o argumento de não ter atuado com dolo, erro grosseiro ou má-fé.

Em exame aos autos, verifica-se que a aplicação de multa estabelecida no Acórdão TC 681/2021 ao recorrente decorre de sua responsabilização em face da irregularidade intitulada “*fuga ao procedimento licitatório*”, devido sua atuação com erro grosseiro nos processos administrativos 19.472/2013 (Jornada Pedagógica 2013) e 29.284/2015 (Jornada da Saúde 2015).

O Relatório de Auditoria 12/2017 imputou a responsabilidade do Sr. Eduardo Cavalcante Gonçalves, indicando a seguinte conduta,nexo de causalidade e culpabilidade:

Processo 19.472/2013 (Jornada Pedagógica 2013)

CONDUTA: aprovar a contratação da Jornada Pedagógica 2013 por meio de Parecer (s/nº, de 18/10/2013, fls. 102-107, ANEXO 19) em que orienta, com fundamentação contraditória, de forma desarrazoada e contrária às normas e aos fatos, a contratação de empresa por inexigibilidade de licitação, sem que houvesse o cumprimento das exigências legais para o seu processamento. O Procurador afirmou que o processo trazia elementos que atendiam às exigências para a inexigibilidade de licitação, em especial a singularidade do objeto associada à notoriedade da empresa e a compatibilidade dos preços com os de mercado, entretanto nenhuns destes elementos se encontram no processo.

NEXO: a conduta do agente fundamentou a contratação de empresa por inexigibilidade de licitação, com fuga ao procedimento licitatório, em prejuízo ao cotejo dos preços, da transparência, da competitividade do certame e da proposta mais vantajosa para a Administração, com possível dano ao erário conforme se constata no item 2.2.3

CULPABILIDADE: é razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois deveria, como Procurador da prefeitura, analisar com cautela e competência os autos do processo, em especial, considerando o valor proposto de contratação, verificar com certeza a presença dos requisitos da inexigibilidade de licitação (singularidade do objeto associado à notoriedade da empresa e a comprovação da compatibilidade dos preços ofertados com os de mercado), o que deveria resultar em manifestação adequada, competente, juridicamente compatível e pertinente. A conduta do agente é agravada por desídia, desinteresse, imperícia e negligência por ter repetido *ipsis litteris*, neste processo, o Parecer do Processo 10.924/13 – CONIED (assinado em 14/06/2013, fls. 96-101, ANEXO 29, ANEXO 14) 44 .

Processo 29.284/2015 – Jornada da Saúde 2015.

CONDUTA: Emitir Parecer (s/nº, fls. 87-92, ANEXO 43) em que orienta, de forma desarrazoada e contrária às normas, a contratação de empresa por inexigibilidade de licitação. A conduta do agente é agravada por desídia, desinteresse, imperícia e negligência por ter repetido o Parecer emitido no

Processo 14.467/15 (“Formação Continuada 2015”, na área da educação) e outros⁴⁵. O Parecer não defende tese aceitável e não está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência pertinentes aos fatos apresentados

NEXO: a conduta do agente fundamentou a contratação de empresa por inexigibilidade de licitação, com fuga ao procedimento licitatório, para a prestação de serviços desnecessários, imotivados e supérfluos, com indícios de superfaturamento e possível dano ao erário, com possível dano ao erário conforme se constata no item 2.2.3

CULPABILIDADE: é razoável afirmar que era exigível do responsável conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam, pois deveria, como Procurador da prefeitura, analisar com cautela e competência os autos do processo, em especial, considerando o valor proposto de contratação, verificar com certeza a presença dos requisitos da inexigibilidade de licitação (singularidade do objeto associado à notoriedade da empresa e a comprovação da compatibilidade dos preços ofertados com os de mercado), o que deveria resultar em manifestação adequada, competente, juridicamente compatível e pertinente

Sobre os referidos elementos foi o recorrente devidamente citado, e estes foram os parâmetros da análise de sua responsabilidade na ITC 5501/2020, anuída pelo Acórdão TC 681/2021. De modo que, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Conforme exposto nas citadas peças processuais, entendeu-se que o recorrente atuou com erro grosseiro, pois deixou de realizar a análise fática da contratação, bem como do correto enquadramento perante os dispositivos legais que culminaram na emissão de um parecer jurídico sobre inexigibilidade sem amparo legal.

Conforme jurisprudência do TCU, os pareceres jurídicos devem ter abrangência que demonstre a efetiva análise da matéria sob exame:

Os pareceres jurídicos exigidos pelo art. 38 da Lei 8.666/1993 integram a motivação dos atos administrativos. Devem apresentar abrangência suficiente para tanto, evidenciando a avaliação integral dos documentos submetidos a exame. É ilegal a adoção de pareceres jurídicos sintéticos, com conteúdo genérico, sem a demonstração da efetiva análise do edital e dos anexos. (Acórdão TCU – Plenário 1944/2014, processo 004757/2014, Relator: André de Carvalho).

Em exame ao parecer proferido nos autos do processos administrativos 19.472/2013 (Jornada Pedagógica 2013)², verifica-se que o parecerista omitiu-se quanto à situação fática, deixando de analisar as peculiaridades do caso em concreto em vista as exigências para contratação direta por inexigibilidade de licitação.

O parecer, em seu item 11, de forma genérica informa a juntada nos autos de documentos que indicariam a singularidade do objeto e a notória especialização da empresa que se pretende contratar. Vejamos:

11. Quanto à necessidade e singularidade do curso, e a notória especialização da empresa que se pretende contratar, a Secretaria Solicitante, me manifestou nos autos através dos documentos juntados

² Evento 21, p. 16 a 21 do Processo TC 1700/2016.

Contudo, verifica-se que o mesmo não realizou o devido exame do objeto do contrato em questão. E, se assim procedesse, perceberia que o serviço a ser contratado referia-se à intermediação para contratação de palestrantes e logística do evento, sendo evidente a falta/desnecessidade de notória especialização para sua realização e a falta de singularidade do objeto. Como exposto na ITC 5501/2020, a irregularidade era de fácil percepção.

A deficiência verificada no parecer do procurador em questão configura erro grosseiro, demonstrando ausência de diligência mínima no cumprimento do seu mister legal, deixando-se de exercer o efetivo controle de legalidade sobre o procedimento licitatório, em contrariedade ao disposto no art. 38, VI da Lei 8.666/93.

A emissão de parecer favorável a contratação por inexigibilidade sem demonstração do efetivo preenchimento dos requisitos legais à hipótese que lhe fora submetida permitiu, no caso concreto, a ilegalidade da contratação sem licitação.

Lembramos que estamos diante de um parecer obrigatório (art. 38, VI da Lei 8.666/93), sendo entendimento pacífico da jurisprudência a possibilidade de se responsabilizar o parecerista por erro grosseiro, não sendo necessária para tanto a comprovação de dano ao erário, má-fé ou dolo. Neste sentido, citamos:

Supremo Tribunal Federal:

Mandado de Segurança 29.137

[...]

É certo que, em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta. Contudo, embora seja obrigatória a submissão do contrato e, eventualmente, de seu termo aditivo, ao exame de legalidade pelo órgão de assessoria jurídica, sua manifestação favorável não ganha contorno de vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor público, compelindo-o a praticar o ato. Por outro lado, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, seu teor vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelos danos que dele possam advir.

Ao contrário do que pretende fazer crer o Impetrante, a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revela quando o órgão técnico aponta a existência de vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a prática do ato, situação diversa da descrita nesta ação, pois, segundo exame do Tribunal de Contas da União, o gestor público podia, ou mesmo devia, dissentir e recusar-se a realizar o aditivo contratual.

Embora a aprovação do ato pela assessoria jurídica não vincule o Administrador a ponto de substituí-lo em seu juízo de valor, isso não significa que o parecerista é absolutamente isento de responsabilidade sobre suas manifestações. Se a prática do ato administrativo está lastreada em manifestação favorável da unidade técnica, há convergência de entendimentos e, em certa medida, compartilhamento de poder decisório entre o Administrador e o parecerista, pelo que se tornam mutuamente responsáveis pelos danos que possam causar ao erário.

Dúvidas não remanescem sobre a inexistência de imunidade absoluta do advogado público com relação às manifestações jurídicas emitidas em processos administrativos, razão pela qual podem ser chamados a prestar esclarecimentos ao órgão de controle externo e, eventualmente, ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro

grosseiro. (MS 29137, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28.02.2013 – grifo nosso).

[...]

Mandato de Segurança 27.867 AgR.

[...] esta Suprema Corte firmou o entendimento de que '**salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro**, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.' (MS 27867 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 04.10.2012 – grifo nosso).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico:

(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;

(ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;

(iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro**, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (MS 24631, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 1º.02.2008 – grifo nosso).

Tribunal de Contas da União

Acórdão 1656/2015 - Plenário

Ainda que a natureza opinativa do parecer jurídico afaste, em regra, a responsabilidade de seu emitente, essa subsiste, **caso se demonstre culpa ou erro grosseiro**. (Acórdão 1656/2015 – Plenário, Processo 035.902/2011, Relator Min. Marcos Bemquerer – grifo nosso).

Acórdão 3126/2012 - Plenário

O consultor jurídico é responsabilizado quando emite parecer referendando contratação por inexigibilidade de licitação sem a presença dos pressupostos necessários para o uso do instituto. (Acórdão 3126/2012-Plenário, Processo 019.534/2006, Relator: Ana Arrae).

Acórdão 3745/2017 – Segunda Câmara

O parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, **nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório** - caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo. (Acórdão 3745/2017-Segunda Câmara, Processo 025.528/2010, Relator: Aroldo Cedraz – grifo nosso.).

Acórdão 2890/2014 - Plenário

O parecerista jurídico responde pela irregularidade **quando sua manifestação for obrigatória e contiver erro grave ou inescusável**. (Acórdão 2890/2014-Plenário, Processo , Relator: Walton Alencar Rodrigues – grifo nosso).

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

Acórdão 1683/2017 – 2ª Câmara

1.1. Da responsabilidade do Parecerista Jurídico

[...]

Entendo que sobre o tema não há divergência nesta Corte, quanto à possibilidade de responsabilização do advogado, consoante já se manifestou o Supremo Tribunal Federal acerca do tema, em especial nos emblemáticos Mandados de Segurança de números MS 29.137/DF e MS 24.584/DF.

Nesta toada, ausente o advogado público de imunidade absoluta, entendo por acompanhar à Área Técnica e o Parquet de Contas, no sentido de afastar a preliminar suscitada, conforme razão de decidir realizado por nosso corpo técnico, que adoto como fundamento na presente análise:

[...]

A questão atinente à responsabilização em razão da emissão de pareceres foi objeto dos já notórios Mandados de Segurança MS 24.073/DF, MS 24.584/DF e MS 24.631. Em verdade, os julgados prolatados pela Corte Suprema nos referidos *writes*, têm servido de objeto de estudo em uma infinidade de artigos e teses doutrinárias, gerando, não raramente, interpretações diversas e por vezes contraditórias sobre o conteúdo dos mencionados julgados pretorianos, não sendo incomuns teses que defendem a irresponsabilidade em contraponto a outras que consideram os emitentes de pareceres, solidariamente responsáveis com o gestor praticante do ato baseado na manifestação jurídica, eis que o parecer, em alguns casos, assumiria contornos obrigatórios e até mesmo vinculantes.

Felizmente o conteúdo dos Mandados de Segurança MS 24.073-DF (2002), MS 24.584-DF (2007) e MS 24.631-DF (2007), bem como a própria temática relativa à responsabilização dos advogados públicos em razão da emissão de pareceres, foram abordados novamente pelo STF (Segunda Turma) no Mandado de Segurança MS 29.137/DF, de relatoria da Ministra Carmem Lúcia, no qual a E. Relatora proferiu esclarecedora lição acerca da matéria no Voto que integra o acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA 29.137 DISTRITO FEDERAL

[...]

Diversamente do que alega o Impetrante, a circunstância de ter a assessoria jurídica da Secretaria de Trabalho de Mato Grosso do Sul se pronunciado favoravelmente à celebração do termo aditivo censurado pelo Tribunal de Contas da União não afasta a responsabilidade pelo ato lesivo ao patrimônio público. **A responsabilidade pela prática desse ato pode ser compartilhada com o órgão jurídico consultivo, mas não pode a ele ser transferida para eximir o Impetrante. Fosse isso possível, a existência de parecer jurídico favorável, mesmo se veiculasse omissão grave ou erro grosseiro, escusaria o gestor público pela prática de toda ordem de irregularidades.**

Ao se pronunciar sobre esse aspecto, a autoridade apontada como coatora asseverou em suas informações:

[O Impetrante] não foi responsabilizado sem que tivesse sido aferida a existência de culpa pela prática do ato lesivo. Sua culpa restou caracterizada (...), não podendo dela se eximir sob a simples alegação de que se pautou nos pareceres jurídicos (...)

Um parecer jurídico não vincula o gestor público, apenas serve de subsídio à sua tomada de decisão, e, deste modo, não irá elidir sua responsabilidade pela eventual contratação irregular, ainda que tal contratação esteja escudada em parecer jurídico, elaborado interna ou externamente ao órgão público. (...)

[O] argumento suscitado pelo Impetrante não foi ignorado pelo TCU, ao imputar-lhe responsabilidade pela má aplicação dos recursos públicos transferidos por intermédio do contrato em comento. Ocorre que a mera alegação de que o impetrante teria agido com base em pareceres jurídicos não lhe socorre, visto que este tipo de manifestação institucional não vincula a atuação do gestor, muito menos o exame do controle externo.

Em outras palavras: a conduta escorregada do autor da impetração faz-se imperativa e necessária, independentemente de haver ou não parecer jurídico.

O parágrafo único do art. 38 da Lei n. 8.666/1999 estabelece:

As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente **examinadas e aprovadas** por assessoria jurídica da Administração. (grifos no original).

É certo que, **em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta.** Contudo, **embora seja obrigatória a submissão do contrato e, eventualmente, de seu termo aditivo, ao exame de legalidade pelo órgão de assessoria jurídica, sua manifestação favorável não ganha contorno de vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor público, compelindo-o a praticar o ato. Por outro lado, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, seu teor vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelos danos que dele possam advir.**

(...)

Embora a aprovação do ato pela assessoria jurídica não vincule o Administrador a ponto de substituí-lo em seu juízo de valor, isso não significa que o parecerista é absolutamente isento de responsabilidade sobre suas manifestações. Se a prática do ato administrativo está lastreada em manifestação favorável da unidade

técnica, há convergência de entendimentos e, em certa medida, compartilhamento de poder decisório entre o Administrador e o parecerista, pelo que se tornam mutuamente responsáveis pelos danos que possam causar ao erário. (g.n.)

Dúvidas não remanescem sobre a inexistência de imunidade absoluta do advogado público com relação às manifestações jurídicas emitidas em processos administrativos, razão pela qual podem ser chamados a prestar esclarecimentos ao órgão de controle externo e, eventualmente, ser responsabilizados por seus atos em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro. Nesse sentido, na assentada de 9.8.2007, no julgamento do Mandado de Segurança n. 24.584, Relator o Ministro Marco Aurélio, este Supremo Tribunal decidiu: (g.n.)

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes **não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.** (Plenário, DJ 19.6.2008, grifos nossos).

Nessa assentada, ressaltei: ***“não acredito na irresponsabilidade de advogados. Penso que eles respondem sim, a advocacia pública muito mais, e há legislação específica sobre isso”.***

Na mesma linha, admitindo a possibilidade de responsabilização do advogado público por sua manifestação jurídica quando verificada a existência de erro grosseiro ou culpa, são precedentes do Plenário deste Supremo Tribunal: MS 24.073, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 31.10.2003, e MS 24.631, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ 1º.2.2008.

Sobre esse tema, Marçal Justen Filho leciona:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume **responsabilidade pessoal solidária** pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação **associa o emitente do parecer ao autor dos atos**. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. **Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.** (...) (g.n.)

Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas o pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição. (...)

A opção por uma dentre diversas alternativas dotadas de idêntico respaldo não comporta responsabilização, mesmo que o parecer seja obrigatório e de cunho vinculante. **Mas a escolha por uma solução desarrazoada, tecnicamente indefensável, incompatível com os fatos concretos, não respaldada pela doutrina e pela jurisprudência acarreta a responsabilização de seu autor** ainda que o parecer seja facultativo e não vinculante” (Comentários à lei de

licitações e contratos administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 526-529, grifos nossos).

No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado complementa:

Em resumo, pode-se afirmar que os advogados podem ser responsabilizados em razão de manifestações jurídicas produzidas em processos administrativos que causem dano ao erário em razão de fraude, de conluio, ou quando for adotada tese jurídica absurda ou já rejeitada pela jurisprudência. Não é legítimo, todavia, responsabilizá-los, judicial ou administrativamente, **em razão do conteúdo de suas manifestações, se defenderem tese razoável e bem fundamentada.**

Se determinado gestor segue manifestação do órgão jurídico e pratica ato ilegal posteriormente impugnado pelo TCU, o gestor deve ser responsabilizado, e não é possível arguir em sua defesa o fato de ter agido amparado em pareceres jurídicos, ou, em outras palavras, o só fato de o gestor ter agido com amparo em pareceres jurídicos não o exime de responsabilidade caso o ato praticado venha a ser reputado ilegal. (Curso de licitações e contratos administrativos. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 194, grifos no original).

Acrescente-se que a possibilidade de responsabilização do advogado que elaborou o parecer técnico-jurídico que embasou a celebração do aditivo impugnado foi cogitada pelo Tribunal de Contas da União. É o que se depreende do seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Relator do Recurso de Reconsideração na Tomada de Contas TC n.021.499/2003-1:

18. Em virtude de os recorrentes terem se beneficiado dos recursos públicos transferidos sem a apresentação de justificativa plausível que pudesse sustentar o aumento dos preços relativos à hora-aula, considero que devem ser mantidos os exatos termos do acórdão combatido.

19. Quanto à possibilidade de responsabilização solidária do Sr. Lairson Ruy Palermo, assessor jurídico da Secretaria de Estado de Trabalho, Emprego e Renda-Seter/MS, embora a proposta da Serur seja tecnicamente correta, acolho as conclusões do douto representante do Ministério Público no sentido de que na atual fase do processo e considerando ainda a baixa materialidade do valor do débito imputado (R\$ 18.000,00), a adoção de tal medida seria inadequada, sob a ótica da racionalização administrativa e da economia processual, porque geraria custos de tramitação e instrução que poderiam ser superiores ao valor do ressarcimento pretendido.

20. De se esclarecer, além disso, que a responsabilização solidária do assessor jurídico, não afastaria a responsabilidade dos recorrentes. (Acórdão TCU n. 1.241/2010).

Em síntese, não se está a afirmar a irresponsabilidade daquele que lavrou o parecer que conferiu lastro jurídico à realização do termo aditivo impugnado, apenas a indicar que sua corresponsabilidade pela prática do ato tido como ilegal pelo Tribunal de Contas da União não desonera o Impetrante, razão pela qual não pode prosperar a pretendida desresponsabilização defendida nesta ação.

[...]

10. Pelo exposto, voto no sentido de denegar a ordem de segurança.

Da leitura do Voto condutor do acórdão prolatado pela Segunda Turma do STF no MS 29.137/DF podem-se tomar as seguintes conclusões:

- **“em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta”, ou seja, tais pareceres (em matéria de licitações e contratos) não são meramente opinativos, mas sim obrigatórios como enfatiza a Ministra Carmem Lúcia em outro trecho de seu voto: “[...] embora seja obrigatória a submissão [...] ao exame de legalidade pelo órgão de assessoria jurídica, sua manifestação favorável não ganha contorno de vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor público, compelindo-o a praticar o ato. Por outro lado, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, seu teor vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelos danos que dele possam advir”;**

- **“a natureza vinculante de pareceres jurídicos em matéria de licitações somente se revela quando o órgão técnico aponta a existência de vício formal ou material que impeça ou desaconselhe a prática do ato”;**

- **“Embora a aprovação do ato pela assessoria jurídica não vincule o Administrador a ponto de substituí-lo em seu juízo de valor, isso não significa que o parecerista é absolutamente isento de responsabilidade sobre suas manifestações”;**

- **“Se a prática do ato administrativo está lastreada em manifestação favorável da unidade técnica, há convergência de entendimentos e, em certa medida, compartilhamento de poder decisório entre o Administrador e o parecerista, pelo que se tornam mutuamente responsáveis pelos danos que possam causar ao erário”**

que a Corte Suprema reconhece a **“inexistência de imunidade absoluta do advogado público com relação às manifestações jurídicas emitidas em processos administrativos”;**

- que o advogado público pode ser responsabilizado por suas manifestações jurídicas em processos administrativos “[...] **em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro**”, hipóteses que segundo a Ministra Carmem Lúcia teriam sido reconhecidas “[...] no julgamento do **Mandado de Segurança n. 24.584** [...]”, tendo a ilustre magistrada também registrado que: **“Na mesma linha, admitindo a possibilidade de responsabilização do advogado público por sua manifestação jurídica quando verificada a existência de erro grosseiro ou culpa, são precedentes do Plenário deste Supremo Tribunal: MS 24.073, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 31.10.2003, e MS 24.631, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ 1º.2.2008”;**

- o julgado também cita a doutrina de Marçal Justen Filho e Lucas Rocha Furtado que lecionam acerca da assunção de responsabilidade solidária do emitente de parecer acerca “[...] da validade do edital e dos instrumentos de contratação [...]”, ressaltando, contudo, que não advirá responsabilidade “[...] se defenderem tese razoável e bem fundamentada”.

Observa-se que o STF, com o acórdão prolatado no MS 29.137/DF, reconhece a possibilidade de responsabilização do emitente de parecer jurídico em processos administrativos “[...] **em caso de culpa, omissão ou erro grosseiro**”, bem como, que “[...] **em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta**”.

Ademais a possibilidade de responsabilização do parecerista jurídico quando presentificados, no caso concreto, o erro grave, a omissão, a

culpa ou dolo, encontra-se pacificada nesta Corte de Contas conforme se extrai dos julgados ora colacionados:

ACÓRDÃO TC-121/2016 - PLENÁRIO

Trata-se nestes autos de representação¹ encaminhada pelo senhor (...), na data de 22 de dezembro de 2014, em face da Prefeitura Municipal de Marataízes, onde relata supostas irregularidades na adesão a Ata de Registro de Preços 052/2013 referente ao Pregão Eletrônico 030/2013, cujo objeto é a locação de serviços de infraestrutura física para eventos e lazer.

2.3 DA LEGITIMIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PARA RESPONDER PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS

A preliminar suscitada não merece ser acolhida, pois seus argumentos são totalmente infundados, sendo pacífico o entendimento sobre a competência dos Tribunais de Contas para apreciar a responsabilidade dos advogados públicos pelos pareceres emitidos. Nessa linha, veja-se o recente julgado desta Corte de Contas, que inclusive foi publicado no Informativo de Jurisprudência nº 15: “1ª CÂMARA 6. Responsabilização de advogados públicos por eventuais danos ao erário decorrentes de pareceres emitidos. Tratam os autos da Prestação de Contas Anual e Relatório de Auditoria da Câmara Municipal de Castelo, exercício 2011. Em preliminar, o Procurador Geral do Legislativo Municipal, arguiu que não poderia ser penalizado, sob o argumento de que advogado público não responde por eventuais danos ocasionados ao erário por atos baseados em pareceres jurídicos facultativos ou obrigatórios, salvo se tiver caráter vinculante, hipótese em que o profissional se responsabiliza por seu conteúdo. **O Relator registrou entendimento do STF no sentido de “autorizar o Tribunal de Contas a responsabilizar os advogados públicos, sendo tal responsabilização restrita, reduzindo-se o âmbito desse sancionamento apenas para os casos de culpa e erro grosseiro”.** Ressaltou que “para efeito de caracterização da responsabilidade do parecerista, necessário é a comprovação do nexo de causalidade que aponta no quanto a manifestação do parecerista concorreu para o ato causador de prejuízos ao erário”. Quanto a alegação de incompetência dessa Corte para imputar responsabilidade ao parecerista, o Relator entendeu ser “possível sim a imputação de responsabilidade”, complementando que “na forma do artigo 70, da Constituição Federal, entendo que o Procurador da Câmara Municipal de Castelo estaria abrangido pela jurisdição do Tribunal de Contas do Espírito Santo, diante da previsão do inciso XVI, do art. 5º, da Lei Complementar nº 621/2012 (que trata de texto idêntico do art. 5º, inciso VI da Lei n. 8.443/92)”. A Primeira Câmara, por unanimidade, deliberou nos termos nos voto do relator pelo não acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada. Acórdão TC-394/2015 -1ª Câmara, TC 2100/2012, relator Conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva, publicado em 06.07.2015.” (destacou-se) Diante do exposto, opina-se pela rejeição da preliminar suscitada. (Processo: 12532/2014, Data da sessão: 16/02/2016, Relator: SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO, Natureza: CONTROLE EXTERNO - FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO).

---ACÓRDÃO TC-875/2016 – PLENÁRIO - Representação. Preliminar. Ilegitimidade passiva ad causam. Parecerista Jurídico. Ofensa à Lei 8.666/93. Erro grosseiro. Preliminar não acolhida.

Cuidam os presentes autos de Representação, formulada Ministério Público Especial de Contas, em que são relatadas pretensas

irregularidades na contratação da empresa (...), cujo objeto é a divulgação das ações, projetos e prestação de contas do Governo.

(...) 1.1 PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO PARECERISTA JURÍDICO

Destaca-se que foi suscitado pelo Sr. (...), Procurador Geral do Município de Cariacica, preliminar de ilegitimidade passiva para figurar no presente processo, tendo argumentado que o parecerista não pode ser responsabilizado pela emissão de peças de caráter opinativo, não vinculativo, que foi emitida no exercício do múnus público junto à Prefeitura de Cariacica, cingindo-se a responsabilidade do advogado público às hipóteses de erro grosseiro e má-fé, o que não ocorreu.

Ademais, alega que não há qualquer nexo de causalidade entre seu parecer e os supostos prejuízos narrados pela representação e que, mesmo em tese, o responsável não deu causa aos fatos elencados como supostas irregularidades.

Neste passo, ainda que tenha havido grande controvérsia doutrinária acerca da possibilidade ou não de responsabilização do parecerista jurídico, mormente no âmbito jurídico-administrativo, na hipótese temos que as circunstâncias e consequências em que se deram os fatos autorizariam a análise de mérito, com pretensa imputação de responsabilidade aos Justificantes, afinal, na forma do art. 131, caput e § 2º c/c art. 132, ambos da Constituição Federal de 1988, os Procuradores Públicos deverão ser investidos no cargo mediante aprovação em concurso público de provas e títulos e sua atribuição é de representação judicial e extrajudicial do Ente Federado e dos órgãos da administração indireta e subsidiárias, além de assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo.

(...) A esse respeito, **o Egrégio Tribunal de Contas da União – TCU já firmou seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização do “advogado público”, desde que sejam constatados alguns pressupostos específicos, quais sejam: quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defender tese jurídica aceitável e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial, ou seja, quando ocorrer erro grosseiro, culpa ou dolo.**

(...) Desta maneira, tal qual concluído pelo Egrégio Tribunal de Contas da União, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada no caso pela Lei Complementar nº 621/2012, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário.

(...) Por fim, registra-se que o posicionamento do Supremo é de autorizar o Tribunal de Contas a responsabilizar os advogados públicos, sendo tal responsabilização restrita, **reduzindo-se o âmbito desse sancionamento apenas para os casos de culpa, dolo e erro grosseiro.**

Obviamente, o dolo e a má-fé, por certo, deve ser objeto de responsabilização, não havendo posicionamento em contrário para não se admitir a responsabilização, sendo certo que não é qualquer ato negligente ou imprudente que deve levar à responsabilização.

Desta maneira, a posição do STF é no sentido de que a autoridade não se vincula à opinião emitida quando é facultativa, ficando, entretanto, obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria na hipótese vinculada ou de parecer obrigatório.

Assim, para efeito de caracterização da responsabilidade do parecerista, necessário é a comprovação do nexo de causalidade que aponta no quanto a manifestação do parecerista concorreu para o ato causador de prejuízos ao erário.

De minha parte, entendo que é possível sim a imputação de responsabilidade ao Parecerista, observadas as condições aqui postas, sendo certo que a imputação ou não de responsabilidade é matéria que pode ser aferida em sede de preliminar quando ausentes os requisitos antes sobreditos, todavia, no caso em tela, houve afronta à letra da lei contida no art. 25, II, da Lei 8.666/93, consistindo-se, pois, em erro grosseiro, razão pela qual deve ser objeto de enfrentamento meritório.

Desta maneira, em sendo possível a atribuição de responsabilidade do Parecerista pelo

Egrégio Tribunal de Contas, tal qual antes afirmado, deixo de acolher a preliminar aqui

suscitada. (Processo: 6630/2015 Data da sessão: 10/05/2016 Relator: Natureza: TOMADA

DE CONTAS ESPECIAL)

ACÓRDÃO TC-568/2014 – PLENÁRIO - Responsabilidade. Parecerista Jurídico. Ausência de dolo ou culpa. A responsabilização deverá ocorrer quando houver dano decorrente de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticados com culpa.

Cuidam os presentes autos da Prestação de Contas Anual da Câmara Municipal de Linhares, exercício de 2010, de responsabilidade dos Senhores (...) e (...), Presidentes da Câmara, à qual foi apensado o Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 121/2011 (Processo nº 2274/2011).

(...) VOTO-VISTA DO EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

(...) Primeiramente, peço vênias ao Eminentíssimo Conselheiro Relator Sebastião Carlos Ranna de Macedo, para divergir em partes de seu voto, pelos motivos que passo a expor:

VOTO pela regularidade da conduta do Senhor (...) dos autos, pois o mesmo atuou como Procurador Jurídico, exercendo sua profissão de advogado, requisito esse exigido para a investidura no cargo, caracterizando a atividade como privativa de advogado e portanto assegurada a possibilidade de agir com liberdade no legítimo exercício da profissão conforme preceitua o art. 133 da Carta Magna e o § 3º do art. 2º da Lei 8906/1994. No processo em epígrafe o advogado emitiu parecer pela regularidade da minuta do edital, onde entendeu ser correto o valor da cobrança para habilitação, a área técnica entendeu que este posicionamento não está de acordo com o § 5º do art. 32 da Lei 8666/93.

Tal matéria fora tratada pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança MS nº 24.073-3 (...).

(...) Restando claro que, **o advogado somente poderá ser responsabilizado quando for comprovadamente configurada em sua conduta profissional a presença de dolo ou culpa, devendo somente ser responsabilizado pelos danos causados se forem**

decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa.

O que não restou configurado nos autos, devendo portanto ser considerada regular a sua conduta e a extinção do processo com resolução de mérito, para o Senhor (...), com base nos art. 161 c/c com art. 329 § 2º do Regimento Interno. Ressalto ainda que, o mesmo não deveria ter integrado os autos, em face do mérito das irregularidades apontadas. Não é adequado impor ao parecerista jurídico conduta típica do controle interno.

(...) Portanto, VOTO pelo afastamento e a extinção do processo com resolução de mérito para o Senhor (...), considerando regular a sua conduta. (...). (Processo: 1499/2011 Data da sessão: 29/07/2014 Relator: SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO Natureza: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL DE ORDENADOR).

ACÓRDÃO TC-1727/2015-PLENÁRIO - Processual. Preliminar de ilegitimidade passiva. Responsabilização de parecerista jurídico pente o TCEES. Indispensável a demonstração de dano ao erário, culpa ou erro grosseiro. Preliminar acolhida.

Cuidam os presentes autos da Prestação de Contas Anual da Câmara Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, relativa ao exercício de 2012, de responsabilidade do Sr. (...), então Presidente.

(...)

VOTO-VISTA DO EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

Inicialmente, assiste razão o Eminentíssimo Relator ao trazer à votação a preliminar arguida pelo Senhor Pedro Henrique Vassalo Reis, conforme dispõe o art. 75 do Regimento Interno desta Corte, quanto a sua alegação de ilegitimidade passiva *ad causum*, por ter-lhe sido imputada responsabilidade ao emitir parecer favorável a contratação de agência de publicidade.

Entendo ser totalmente possível a inclusão de responsabilidade aos advogados, conforme versa o posicionamento da área técnica nos presentes autos, na Instrução Técnica Conclusiva ITC 5322/2014 (...).

(...)

Todavia, no caso em tela, o Senhor (...) alega que manifestou-se ao fim do procedimento licitatório, acerca da contratação da empresa vencedora, não sendo abarcado pelo art. 38 da Lei de Licitações, o qual conferiria ao parecer jurídico o caráter vinculante supramencionado pela área técnica.

Conforme o entendimento do Supremo, demonstrado nestes autos, para que haja a responsabilização do parecerista, devem estar contidos os caracterizadores salientados pelo Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, quais são dano ao erário, culpa ou erro grosseiro. E como muito bem salientou a área técnica em seu parecer à luz do entendimento do Excelentíssimo Ministro Walton Alencar Rodrigues (fls. 145), devem ser analisadas as “nuanças e circunstâncias existentes em cada caso concreto”.

A luz do exposto, concluo que, a área técnica limitou-se à análise de doutrinas e jurisprudências que versam sobre a responsabilização dos referidos “advogados públicos”, abstendo-se de demonstrar como poderíamos aplicar tal entendimento ao caso em tela, uma vez que não demonstrou nos autos hipótese de dano ao erário, culpa ou erro grosseiro por parte do Senhor (...), como também não demonstrou em qual momento foi proferido o parecer do referido, para assim

aplicarmos caráter vinculativo. Demais disso, cumpre salientar que, o parecer que tenha o caráter vinculativo, não enseja diretamente a responsabilização por parte dos advogados, uma vez que a demonstração de dano ao erário, culpa ou erro grosseiro é INDISPENSÁVEL para que haja sua responsabilização. Conforme claramente demonstrado pela área técnica em seu parecer.

Ressalto ainda que, não vislumbrei por parte da área técnica uma análise detalhada do parecer, nem mesmo a confirmação de que fora o referido Senhor que integrou o procedimento licitatório, uma vez que fora alegado o contrário pelo mesmo.

Repito, nos autos, não restou demonstrada pela área técnica em momento algum que o referido advogado tenha causado dano ao erário, que tenha agido com culpa ou até mesmo tenha cometido erro grosseiro, apenas atribui como conduta a emissão de parecer favorável a contratação da empresa vencedora do certame.

Aliás, a própria área técnica ao final, é pela regularidade dos atos praticados pelo Procurador.

Tal entendimento já vem sendo adotado por esta Corte de Contas, devendo até mesmo ser alvo de estudo do Núcleo de Jurisprudência desta Egrégia Corte, conforme Acórdão 568/2014 (TC 1499/2011), Decisão Preliminar 14/2015 (TC 4345/2013), Decisão Preliminar 144/2014 (TC 3222/2013), Decisão Preliminar 8904/2014 (TC 7078/2014) e Decisão 8397/2014 (TC 9623/2014).

Restando claro que, o advogado somente poderá ser responsabilizado quando for comprovadamente configurada em sua conduta profissional a presença de dolo ou culpa, responsabilizando-se somente pelos danos causados se forem decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa.

Ante o exposto VOTO pelo ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR alegada pelo Senhor (...), discordando assim do entendimento do Eminente Conselheiro Substituto Relator, bem como da área técnica e do Ministério Público de Contas, na lavra do Douto Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva.

Entendo, portanto que, o mesmo sequer deveria ter integrado os autos.

VOTO COMPLEMENTAR DO EXMO. SR CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO MARCO ANTONIO DA SILVA:

(...)

Vê-se que a matéria comporta decisão em sede de preliminar, posto que não houve demonstração do nexo causal relativamente à responsabilidade do advogado, seja decorrente de erro grosseiro ou de defesa de tese minoritária, e, para efeito de caracterização da responsabilidade do parecerista, necessário é a comprovação do referido nexo de causalidade que aponta no quanto a manifestação do parecerista concorreu para o ato causador de prejuízos ao erário.

Desta maneira, em face das razões expendidas, encampo os termos do voto do Eminente Conselheiro Dr. Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, quanto a ACOLHER A PRELIMINAR de ilegitimidade passiva *ad causum* do Senhor (...), Procurador, em face das razões antes expendidas quando da análise da preliminar suscitada. (Processo: 3238/2013, Data da sessão: 10/11/2015, Relator: MÁRCIA JACCOUD FREITAS, Natureza: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL DE ORDENADOR)

De se notar, com base nos julgados supra, que esta E. Corte de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, sempre persegue a melhor aplicação do Direito, a busca da verdade material e a segurança jurídica. Assim, em homenagem a estes predicados, tem admitido a responsabilização do parecerista jurídico na hipótese da emissão de parecer técnico-jurídico no qual se demonstre, no caso concreto, a existência de erro grave, omissão, culpa ou dolo.

[...]

Pois bem, ressalvando que a análise dos requisitos autorizadores da imputação de responsabilidade ao emitente de pareceres, que figura como parte neste processo, confunde-se com a análise de mérito do indicativo de irregularidade, reafirma-se aqui que a posição do STF e desta Corte de Contas, firmada através dos julgados supra referidos, é de reconhecer a co-responsabilidade do advogado público ou investido nesta qualidade pela emissão de parecer que embase ato ou contrato administrativos revestido de ilegalidade ou que cause prejuízo ao erário, nos casos em que restar configurada, quanto à manifestação jurídica, a existência de erro grave, omissão, culpa ou dolo.

Dessa forma, opina-se pelo não acolhimento da preliminar de ausência de responsabilidade e ilegitimidade passiva do parecerista jurídico, a fim de que se possa avaliar a eventual responsabilidade do parecerista no caso concreto.

Cabe-nos observar que o julgado trazido nos autos pelo Recorrente para relacionar a responsabilização do parecerista com a comprovação de dolo ou má-fé (STJ, RESP 11835; TJES, Agravo de Instrumento 19159000/24) refere-se a ato de improbidade administrativa, tipo de ilícito não imputado ao recorrente e que não é de competência desta Corte de Contas, não se aplicando em situação em apreço.

Pelo exposto, corroborando-se com o entendimento do Acórdão TC 681/2021, opina-se por **negar provimento** quanto a este item.

Quanto ao parecer³ emitido no Processo Administrativo 29.284/2015 (Jornada da Saúde 2015) percebe-se que o parecerista, de forma destacada, ao se manifestar sobre a singularidade do objeto e notória especialização, manifesta-se no sentido destes documentos não estarem presente nos autos, devendo ser apresentado pela Secretaria solicitante:

Quanto à necessidade e singularidade do curso, bem como a notória especialização da empresa que se pretende contratar, a Secretaria Solicitante deverá carrear os autos com documentos suficientes para tal demonstração.

Nota-se, que anteriormente, o procurador havia se manifestado nos autos solicitando informação de existência de outra empresa que preste o mesmo serviço⁴ e, após o esclarecimentos e “justificativa da inexigibilidade” expedida pelo Secretário requisitante, manifestou-se no mencionado parecer que, como exposto acima, entendeu não estarem demonstrado nos autos a singularidade do objeto e notória especialização da empresa.

Ao concluir, condiciona a aprovação da contratação por inexigibilidade de licitação ao preenchimento dos requisitos para a contratação por inexigibilidade disposto no art. 25, II e 26, parágrafo único e caso contrário, opina pelo procedimento licitatório:

³ Evento 54, p. 2 a 7 do Processo TC 1700/2016.

⁴ Evento 53, p. 35 do Processo TC 1700/2016.

III – CONCLUSÃO

Posto isto, s.j.d., em observância a natureza do objeto e desde que sejam observados os requisitos legais descritos na Lei n°. 8.666 /93, em **especial o Inciso II do art. 25** (inexigibilidade de Licitação) e o **art. 26** no que tange aos aspectos de: **(1) caracterização da situação que a justifique, (2) razão da escolha do contratado (3) justificativa do preço (que deverá ser de mercado), (4) ratificação pela Autoridade competente e (5) publicação como condição para eficácia dos atos**, resta POSSIVEL a contratação por inexigibilidade.

Derradeiramente sugiro **ATENÇÃO** quanto ao fato de que caso não sejam preenchidos os **pressupostos e requisitos para a inexigibilidade**, opina-se pela observância do procedimento regular de licitação.

Desta forma, percebe-se que o parecer apontou a ausência dos requisitos e pressupostos para a inexigibilidade, condicionando a contratação direta a observância do preenchimento de tais pressupostos e requisitos.

Pelo exposto, neste caso concreto, entende-se não estar configurado, de forma irrefutável, o erro grosseiro e o nexu de causalidade entre a manifestação do parecerista e a contratação irregular. Entendendo ser possível afastar a sua responsabilização nesta situação específica, opinando-se pelo **provimento do recurso** quanto este item.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, opina-se pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do presente Recurso de Reconsideração, no sentido de afastar a responsabilidade do Sr. Eduardo Cavalcante Gonçalves quanto a irregularidade descrita no **subitem D do item II.3.2** do Acórdão TC 681/2021, com a alteração dada pelo acórdão TC 338/2022, a saber:

Item II.3.2 Fuga ao procedimento licitatório (subitem 2.2.2 do RAO12/2017)

D) Processo 29.284/15. Jornada da Saúde 2015. Instituto Conhecer. R\$ 402.453,00(subitem 2.2.2.4 do RAO 12/2017e 4.2.2D da ITC 5501/2020)

Outrossim, permanece a responsabilidade do recorrente quanto a irregularidade descrita no subitem A do item II.3.2 do Acórdão TC 681/2021, com a alteração dada pelo Acórdão TC 338/2022:

Item II.3.2 Fuga ao procedimento licitatório (subitem 2.2.2 do RAO12/2017)

A) Processo 19.472/13. Jornada Pedagógica 2013. R de C M Falcão Eventos. R\$ 429.340,00 (subitem 2.2.2.1 do RAO 12/2017 e 4.2.2A da ITC 5501/2020)

Pois bem.

A Área Técnica, acompanhada pelo *Parquet* Contas, conforme manifestação acima transcrita, em síntese, entendeu que “a emissão de parecer favorável a contratação por inexigibilidade sem demonstração do efetivo preenchimento dos requisitos legais

à hipótese que lhe fora submetida permitiu, no caso concreto, a ilegalidade da contratação sem licitação”, isso em relação à irregularidade “fuga do procedimento licitatório” decorrente do Processo Administrativo 19.472/13 (Jornada Pedagógica 2013).

Já no que toca à irregularidade “fuga do procedimento licitatório” oriunda do Processo Administrativo 29.284/15 (Jornada Pedagógica 2015) a Instrução Técnica de Recurso 314/2022 entendeu por dar provimento ao recurso pois “percebe-se que o parecerista, de forma destacada, ao se manifestar sobre a singularidade do objeto e notória especialização, manifesta-se no sentido destes documentos não estarem presentes nos autos, devendo ser apresentado pela Secretaria solicitante”.

Nota-se, assim, que argumenta a Área Técnica, em relação ao Processo Administrativo 19.472/13, que a “deficiência verificada no parecer do consultor jurídico em questão configura erro grosseiro, demonstrando ausência de diligência mínima no cumprimento do *mister legal*, deixando-se de exercer o efetivo controle de legalidade sobre o procedimento licitatório, em contrariedade ao disposto no art. 38, VI da Lei 8.666/93”.

O Recorrente enfatiza que não agiu com dolo, erro grosseiro ou má-fé, requerendo o afastamento da multa.

O exame que passo a realizar é semelhante ao que já realizei no Processo TC 2976/2021 (Recurso de Reconsideração contra o mesmo Acórdão recorrido no presente processo, porém realizado por outro responsável, também procurador municipal, senhor Paulo José Azevedo Branco).

No Processo TC 2976/2021 o Recurso de Reconsideração era do responsável que emitiu parecer referente à contratação da Jornada Pedagógica 2014, sendo que o presente Recurso é do parecerista que proferiu parecer relativo à contratação da Jornada Pedagógica 2013 e 2015.

Entendi nos autos daquele Processo TC 2976/2021 (no que fui acompanhado pela maioria do Plenário, originado o Acórdão TC 01388/2022) assim como entendo no presente processo, que em relação ao item analisado (“fuga ao procedimento

licitatório”), a responsabilização mostra-se indevida, e por mais de um argumento, conforme passo a explicar.

Em primeiro lugar, a conduta/nexo descrita, a saber, emissão de parecer favorável relativo a aprovar a contratação da Jornada Pedagógica 2013, culminando na contratação de empresa por inexigibilidade de licitação, com fuga ao procedimento licitatório, para a prestação de serviços desnecessários, não considerou a literalidade e a inteligência do artigo 38, parágrafo único da Lei n. 8.666/93, cuja redação é a seguinte:

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Isso porque, conforme se verifica acima, o que se exige na nossa lei de licitações é a apreciação, por parte do corpo jurídico, das minutas dos editais, dos contratos e congêneres, e não da higidez de todo o procedimento licitatório ocorrido.

Assim, a exigência da análise regressiva por parte da assessoria jurídica em relação a todo o certame não se coaduna com o artigo 38, parágrafo único da Lei n. 8.666/93.

Em segundo lugar, a peça acusatória, a saber, a Instrução Técnica Inicial 00285/2017-3, ao discorrer sobre a irregularidade, não abordou de forma adequada o elemento subjetivo da conduta. Em outras palavras, não se discorreu acerca de dolo ou erro grosseiro, o que passou a ser obrigatório por meio da Lei n. 13.655/2018, que acrescentou dispositivos à LINDB, dentre eles o artigo 28, com o seguinte teor:

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

Neste contexto, não é possível se afirmar a sua má-fé, ou seja, a intenção de direcionar a contratação. A irregularidade se faz presente, mas não a caracterização de erro grosseiro ou dolo na instrução inicial. Assim, ausente comprovação, nos autos, de que a conduta se enquadra nesses parâmetros, motivo pelo qual afasto a responsabilidade do Recorrente.

Desse modo, com a devida venia, acompanho apenas parcialmente o posicionamento da Área Técnica e do *Parquet* de Contas, conforme manifestações acima delineadas.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, acompanhando parcialmente a Área Técnica e o Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o Plenário aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-00285/2023-8

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

1.1. CONHECER do presente Recurso de Reconsideração, interposto pelo senhor **Eduardo Cavalcante Gonçalves**, em face do ACÓRDÃO TC 00681/2021 - 1ª Câmara (Processo TC 1700/2016 - Tomada de Contas Especial Convertida), complementado pelo ACÓRDÃO TC 00338/2022 - 1ª Câmara (Processo TC 2777/2021- Embargos de Declaração), para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO, REFORMANDO-SE** o respectivo Acórdão atacado, quanto ao afastamento da responsabilidade e da multa imputada ao Recorrente, mantendo-se os demais termos, pelas razões expendidas no item 2.3 deste voto;

1.2 DAR CIÊNCIA aos interessados e ao Ministério Público de Contas desta decisão, **ARQUIVANDO-SE** os autos após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha. Vencido o conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que divergiu, acompanhando os pareceres técnico e ministerial.

3. Data da Sessão: 13/04/2023 - 15ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões