

Processo: 1095484
Natureza: RECURSO ORDINÁRIO
Recorrente: Raul José de Belém
Jurisdicionada: Prefeitura Municipal de Araguari
Processo referente: 958051, Tomada de Contas Especial
Apenso: 1092222, Embargos de Declaração
Procuradores: Amanda Correa Fernandes, OAB/MG 167317; Bruno Ribeiro Ramos, OAB/MG 72467; Eustáquio Emídio da Silva, OAB/MG 92187; João Batista de Assunção, OAB/MG 52157; Leonardo Henrique de Oliveira, OAB/MG 85624; Mauro Dias dos Santos, OAB/MG 13170; Patrick Mariano Fonseca Cardoso, OAB/MG 143314; Rauã Moura Melo Silva, OAB/MG 180663; Rodrigo Ribeiro Pereira, OAB/MG 83032 e outros.
MPTC: Maria Cecília Borges
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

TRIBUNAL PLENO – 1º/12/2021

RECURSO ORDINÁRIO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINAR. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE PREENCHIDOS. MÉRITO. INFRINGÊNCIA A DISPOSITIVOS LEGAIS NO PROCESSO DE ORIGEM. CONDUTA AMPARADA EM PARECER TÉCNICO E JURÍDICO. AUSÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO. DESCONSTITUIÇÃO DA MULTA APLICADA. RECURSO PROVIDO. ARQUIVAMENTO.

1. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 335 do RITCEMG, deve ser conhecido o recurso ordinário.
2. A multa deve ser desconstituída se comprovado que o gestor agiu com amparo em parecer técnico e jurídico, e diante da não configuração do pressuposto necessário à responsabilização pessoal do agente, a culpa grave (erro grosseiro), conforme art.28 da LINDB.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, na conformidade da Ata de Julgamento, das Notas Taquigráficas e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) conhecer, preliminarmente, do recurso interposto, por unanimidade, considerando a legitimidade e o interesse recursal do recorrente, e que o recurso é próprio e tempestivo;
- II) dar provimento ao recurso ordinário, no mérito, por maioria de votos, desconstituindo a multa aplicada ao Sr. Raul José de Belém, Prefeito Municipal, à época, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pela instauração indevida do processo de inexigibilidade licitatório para a contratação da empresa Tecminas Engenharia Ltda., uma vez que os elementos constantes nos autos comprovam que o gestor agiu com amparo em pareceres

técnico e jurídico, não restando configurado o pressuposto necessário à responsabilização pessoal do agente, a culpa grave (erro grosseiro), conforme art.28 da LINDB;

- III)** determinar a intimação do recorrente e de seus procuradores da decisão, nos termos do art. 166, §1º, inciso I, do RITCEMG;
- IV)** determinar o arquivamento dos autos, após a promoção das medidas legais cabíveis à espécie, conforme previsto no art. 176, inciso I do citado diploma regimental.

Votaram o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro José Alves Viana, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro. Vencido, no mérito, o Conselheiro José Alves Viana.

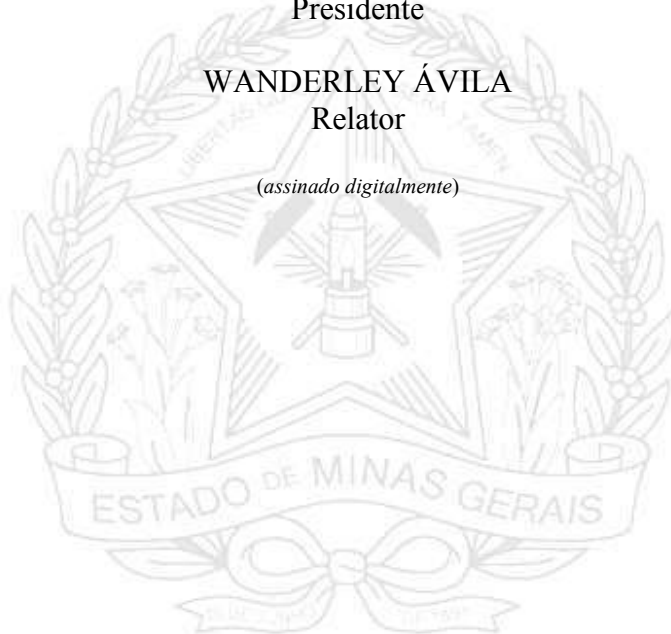
Presente à sessão a Procuradora-Geral Elke Andrade Soares de Moura.

Plenário Governador Milton Campos, 1º de dezembro de 2021.

MAURI TORRES
Presidente

WANDERLEY ÁVILA
Relator

(assinado digitalmente)



NOTAS TAQUIGRÁFICAS
TRIBUNAL PLENO – 1º/12/2021

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Raul José de Belém contra decisão que, nos autos da Tomada de Contas Especial nº 958.051, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, julgada na sessão da Primeira Câmara do dia 11/02/2020 e cujo acórdão foi disponibilizado no DOC em 09/03/2020 (fls. 1.178/1.182v daqueles autos), decidiu, *ipsis litteris*:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I)** aplicar multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) ao Sr. Raul José de Belém, Prefeito à época e responsável pela instauração indevida do processo de inexigibilidade licitatório para a contratação da empresa Tecminas Engenharia Ltda., nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, uma vez que foi demonstrada a possibilidade da realização do certame licitatório;
- II)** desconsiderar os outros dois apontamentos de irregularidade, quais sejam, “Da possibilidade de fraude no procedimento de cotação de preços” e “Do risco de pagamento com dinheiro público por retificação de serviços cuja responsabilidade pelos custos seria da contratada - dano ao erário”, posto que, conforme informado pela Unidade Técnica, não há comprovação efetiva da ocorrência de fraude, e mais, que o objeto contratado foi finalizado e aceito, concluindo esta unidade pela regularidade dos pagamentos efetuados à contratada e, conseqüentemente, pela inoccorrência de dano ao erário, excluindo-se, quanto a esses apontamentos, a responsabilização dos Srs. Raul José de Belém, ex-Prefeito; Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, ex-Secretário de Planejamento; e Ruyter Carlos da Silva, responsável pela empresa Tecminas Engenharia Ltda.;
- III)** determinar a intimação dos responsáveis pelo DOC e por via postal, do inteiro teor dessa decisão, nos termos do art. 166, II, §1º, I e II, do RITCEMG;
- IV)** determinar, cumpridas as determinações constantes no dispositivo dessa decisão e as disposições regimentais pertinentes, o arquivamento dos autos, conforme o disposto no art. 176, I, do Regimento Interno.

O recurso, cuja petição consta das fls. 01/08v, instruído com os documentos de fls. 09/10, foi protocolado em 03/11/2020 (fl. 01).

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 06/11/2020, de acordo com a certidão de fl. 11, peça n. 4 do SGAP.

Às fls. 14/15, peça n. 5 do SGAP, consta despacho de minha lavra em que admiti o processamento do recurso e determinei seu encaminhamento à Unidade Técnica para análise, tendo juntado exame de fls. 17/20, peça n. 7 do SGAP.

Encaminhados os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, juntou o parecer de fls. 21/22, peça n. 9 do SGAP.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – Admissibilidade

A decisão recorrida foi divulgada no DOC do dia 9/03/2020 (fl. 1.183 dos autos da Tomada de Contas Especial), e a decisão que negou provimento aos Embargos de Declaração n. 1.092.222, foi divulgada em 30/09/2020 (fl. 1.196 dos autos da Tomada de Contas Especial).

A contagem do prazo recursal iniciou-se em 2/10/2020, conforme certidão juntada à fl. 13 destes autos, e a peça recursal foi protocolizada no dia 03/11/2020.

Admiti o processamento do recurso, por ser próprio, tempestivo, e o recorrente parte legítima (fls. 14/15), atendendo-se, assim, ao disposto no parágrafo único, do art. 328 da Resolução n. 12/2008, decisão essa que agora ratifico.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Admito.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Também conheço do Recurso.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Acompanho o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

Com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA ADMITIDO O RECURSO.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

II.2 – Mérito

Consoante relatado o Sr. Raul José de Belém, Prefeito do Município de Araguari, à época, foi penalizado, pelo Colegiado da Primeira Câmara, em R\$5.000,00 (cinco mil reais), nos termos do art. 85, II, da Lei Complementar n. 102/2008, em face da instauração indevida do processo de inexigibilidade licitatória para a contratação da empresa Tecminas Engenharia Ltda., uma vez que foi demonstrada a possibilidade da realização de certame.

No mérito, o recorrente insurgiu contra a multa imposta por ter sido a autoridade responsável pela instauração do processo de inexigibilidade.

Discorre que a contratação da Tecminas, por meio da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa- FUNDEP, teve por objetivo consultoria e assessoria na realização de serviços de elaboração dos projetos executivos, dentre outros, para execução da ETE - Estação de Tratamento de Esgoto, quando a empresa passou a figurar como proprietária intelectual do projeto desenhado, quantificado e elaborado, nos termos previstos nos incisos XXVII e XXVIII, alíneas “a” e “b” da CR/88, bem como nos incisos VII, VIII, IX, X e XII, do artigo 7º da Lei nº 9.610/98. Informa que tal fato fora, inclusive, ratificado pelo Relatório Técnico, não havendo valoração no aresto recorrido.

O contrato firmado entre FUNDEP e Tecminas, desde 2017, traz a incumbência da responsabilidade técnica a essa, bem como a propriedade intelectual, e, assim, entende que a notória especialização se justifica ante a materialização do conceito previsto no § 1º, do art. 25, da Lei de Licitações.

Destaca que restou informado que a alteração necessária já havia sido projetada pela Tecminas para a COPASA, em outros sistemas municipais similares, o que serve de fundamento para ratificar a notória especialização da contratada, restando presente, também, a singularidade da atividade e a inviabilidade objetiva para a realização dos serviços, nos termos do art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, não impondo a Lei restrição no sentido de que exista somente uma empresa dotada de notória especialização.

Sobre a singularidade, afirma que o objeto do contrato versa sobre a adaptação do projeto executivo da maior obra da história do Município de Araguari, a ETE – Estação de Tratamento de Esgoto Central. Demonstrada a complexidade das questões, a necessidade de especialização e o vulto das obras, mostrando-se evidente que não se trata de contratação de serviços cotidianos, repetitivos e de fácil execução por qualquer empresa, ainda que da mesma área de atuação.

Acrescenta o elemento confiança, que segundo o recorrente se entrelaça com os dois outros requisitos já tratados, permitindo a consideração subjetiva de que nenhuma outra empresa de engenharia poderia realizar semelhante trabalho, completando, assim, a singularidade do objeto com a notória especialização da contratada.

Defende o recorrente que, não obstante o entendimento do Relator daquela decisão, tendo demonstrado a possibilidade de concorrência entre potenciais candidatos, desconsiderou que nenhuma outra empresa poderia proporcionar o alcance do interesse público almejado, senão a Tecminas.

Registra que o voto desconsiderou que o procedimento de inexigibilidade se embasou em parecer jurídico solicitado pelo gestor, após a chancela de dois pareceres, um emitido pela procuradoria jurídica, e outro por consultoria jurídica especializada, em que foram uníssonos quanto a legalidade e viabilidade da contratação.

O recorrente defende que, mesmo diante da inequívoca propriedade intelectual do projeto da Tecminas, bem como da respectiva responsabilidade técnica, seguindo os dois pareceres, providenciou-se a cotação de preços junto a três empresas especializadas na área, sendo que a Tecminas apresentou proposta mais vantajosa.

Ainda que se entenda pela existência de irregularidade, destaca o recorrente a total ausência de responsabilidade, do então Prefeito, ante a limitação de suas funções, que sob a legislação municipal, estão sob a responsabilidade direta e exclusiva do Departamento de Compras, e

Departamento de Licitação e Contratos, da Secretaria de Administração. Reafirma que apenas seguiu orientação técnica dos pareceres jurídicos.

E relata que, mesmo que se entenda pela prática de irregularidade, não se comprovou má-fé, desonestidade ou que o gestor teria se beneficiado da contratação realizada, razão pela qual não há justificativa, ou motivo para ensejar a determinação de multa ou quaisquer penalidades.

O recorrente cita posicionamentos do Tribunal de Contas da União e desta Corte de Contas, no sentido de que a existência de vícios procedimentais não tem o condão de demonstrar má-fé do agente público, e não houve ponderação acerca de desvio de verbas públicas que resultasse em dano ao erário.

Assim, aduz que ocorreram falhas de cunho meramente formal, razão porque não há necessidade de aplicação de sanção pecuniária.

A Unidade Técnica considerou que os argumentos apresentados pelo recorrente foram os mesmos já analisados em sede de defesa nos autos de origem (fls. 1106/1128) e nos Embargos de Declaração interpostos (Processo n. 1.092.222). E, ainda, *verbis*:

[...] o procurador do ora recorrente repete a mesma fundamentação utilizada no referido Embargos de Declaração, fls. 02 a 10, não tendo acrescentado nenhum fato novo, capaz de justificar a realização de uma análise por parte desta Unidade Técnica.

[...]

Ademais, o ora recorrente já havia protocolizado nesta Casa documentação recebida e autuada pelo Conselheiro Sebastião Helvécio como Embargos de Declaração nº 1092222/2020, já apreciado e negado provimento por esta Casa, o qual se encontra atrelado ao processo principal.

[...] [g.n.]

Ressaltou a Unidade Técnica, quanto ao elemento confiança e discricionariedade do gestor na escolha do contratado, a Súmula 39 do Tribunal de Contas da União, que dispõe:

A ineligibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.

Acrescentou que o objeto da contratação teve por objetivo consultoria e assessoria para a elaboração de projetos executivos, dentre outros, para execução da ETE - Estação de Tratamento de Esgoto, e, assim, seriam elaborados pareceres e relatórios que, embora cada profissional pudesse realizar à sua maneira, tendo em vista sua especialização, o resultado seria o mesmo, inexistindo imprevisibilidade no resultado.

E registrou, ainda, que o recorrente admite ter realizado cotação de preços de mercado com três empresas especializadas na área, o que constitui prova inequívoca da existência de potenciais competidores, aptos a participarem do certame licitatório, não se vislumbrando a singularidade do objeto, e, portanto, não sendo possível a contratação direta por ineligibilidade.

Conclui a Unidade Técnica que permanece a irregularidade que acarretou a penalidade cominada, pois as razões recursais não foram capazes de modificar a decisão prolatada pela Primeira Câmara nos autos da Tomada de Contas Especial n. 958.051.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em parecer de fls. 21/22, ratificou a conclusão da Unidade Técnica e concluiu pelo não provimento do presente recurso.

Pois bem. Coaduno-me à conclusão da Unidade Técnica, que considerou que os argumentos apresentados pelo recorrente são idênticos àqueles já analisados em sede de defesa nos autos de origem (fls. 1106/1128), enfrentadas quando da cominação da multa, quais sejam: a) ausência de irregularidade na instauração da inexigibilidade licitatória; b) ausência de dolo e má-fé dos gestores; e c) o gestor baseou-se em dois pareceres jurídicos que atestaram a legalidade da contratação.

Observe que nos autos de origem não restaram caracterizados os elementos que autorizam a contratação por inexigibilidade nos termos do art. 25, III da Lei 8.666/93, em especial a singularidade, conforme trecho do acórdão que transcrevo:

No que versa a manifestação da defesa quanto à autoria intelectual do projeto contratado, da análise detida dos autos, observo que a Superintendência de Água e Esgoto de Araguari – SAE firmou contrato com a Fundação de desenvolvimento da pesquisa – FUNDEP, em 14/5/2007, decorrente do Processo n. 11/2007, Dispensa n. 1/2007, tendo como objeto consultoria e assessoria na realização de serviços de elaboração dos projetos executivos, memorial descritivo de construção, composição de planilha de custos unitários e totais, cronograma de execução e especificações técnicas para execução da ETE – Estação de Tratamento de Esgoto” no Município, conforme disposto no contrato de fl. 98.

Por sua vez, a FUNDEP, em 14/6/2007, subcontratou a empresa Tecminas Engenharia S/C Ltda., (...)

Seguindo a linha cronológica dos fatos, mais de 6 (seis) anos depois, a Prefeitura de Araguari firmou outro contrato com a Tecminas Engenharia, fl. 180/186, mediante inexigibilidade licitatória, tendo como objeto, nos termos da cláusula II do contrato:

CLÁUSULA II – DO OBJETO (...)

2.1- OBJETO: ELABORAÇÃO da adequação dos projetos executivos da Estação de Tratamento de Esgotos – ETE ARAGUARI, conforme análise técnica levada a efeito pela Engenharia da Caixa Econômica Federal objetivando a implantação das futuras obras, sob regime de empreitada por preço global.

Após a análise das defesas e respectivos documentos, bem como dos estudos elaborados pela Unidade Técnica, verifico que se tratam de contratos distintos, haja vista que os objetos não coincidem. No primeiro a empresa foi contratada pela FUNDEP para dar suporte e auxiliar na elaboração dos projetos executivos atinentes a Estação de Tratamento de Esgotos. Já o segundo, conforme explicito na cláusula contratual supra, a empresa foi contratada para elaborar a adequação do projeto executivo de acordo com as exigências da CEF, 134/146.

Ademais, conforme registrado pela própria defesa a fl. 1.113, as alterações realizadas no projeto executivo inicial, para atender as exigências da CEF, resultaram em um novo projeto, que ensejará em modificação física e de forma drástica da obra a ser executada.

(...)

Logo, entendo perfeitamente possível a competição, uma vez que existem várias empresas no ramo da engenharia aptas a desenvolver o objeto contratado, haja vista, inclusive, aquelas que apresentaram propostas compondo a pesquisa de mercado realizada. E, no que se refere a singularidade do objeto, não vislumbro qualquer particularidade ou anomalia

Ocorre que, à vista da indeterminação dos conceitos legais que autorizam a inexigibilidade de serviços técnicos especializados, o Pleno desta Corte de Contas decidiu em consulta nº1.076.932 sobre a contratação de serviços jurídicos, oportunidade em que admitiu a evolução do conceito de singularidade:

Todavia, a evolução das necessidades públicas, e, por consequência da atuação estatal voltada à satisfação delas, o desenvolvimento de novos paradigmas na Administração e a

correspondente alteração de marcos legais fizeram-me refletir de forma mais aprofundada acerca da matéria, para, nesta ocasião, propor um avanço na análise da singularidade que justifica a contratação pública direta, em virtude da inexigibilidade de licitação.

A meu sentir, o que qualifica o serviço como singular não é a habitualidade por sua demanda dentro da rotina administrativa ou a sua complexidade, abstratamente considerada, ou não apenas isso.

O que marca a singularidade é o aspecto subjetivo da prestação do serviço, avaliado sob a ótica do prestador, que envolve a metodologia empregada, a experiência específica, o elemento criativo, o traço pessoal do profissional, que agregam às atividades qualidades que as tornam distintas de todas as outras disponíveis no mercado.

Há situações em que são essas particularidades incidentes na execução do serviço que, aliadas à confiança no prestador, contribuem para o alcance dos resultados pretendidos, o que possivelmente ocorreria em menor ou nenhuma medida caso a contratação recaísse sobre outro profissional que, embora qualificado, utilizasse metodologias diversas.

É possível que existam tantos outros potenciais prestadores do serviço, mas que aspectos subjetivos, relacionados aos meios empregados, indiquem apenas um deles como apto a atender à necessidade pública.

Não é que a demanda seja excepcional ou transitória – aspectos valorados para fins de singularidade, segundo a Súmula nº 106 – mas que, dentre as opções disponíveis no mercado um serviço específico detém metodologia própria que melhor se adequa às peculiaridades daquele ente ou órgão.

(...)

Nessas circunstâncias, tem-se por configurada a inexigibilidade de licitação, em que a seleção do contratado que melhor atende aos fins buscados pela Administração Pública encontra-se dentro da esfera de discricionariedade do gestor, sem prejuízo da realização do procedimento de justificação previsto no art. 26 da Lei nº 8.666/93, em que deverão estar demonstradas as razões da escolha do prestador do serviço e as justificativas do preço acordado.

Dito isto, e considerando os atos do processo administrativo entendo que há elementos suficientes que demonstram que o gestor agiu amparado em opinião técnica e jurídica que embasaram sua conduta. Vejamos.

Compulsando os autos de origem, Tomada de Contas Especial n. 958.051, verifico que consta cópia do processo administrativo da Inexigibilidade de Licitação, Processo n. 0025264, em que fora juntada ata de reunião realizada na Superintendência de Água e Esgoto de Araguari – SAE (11/08/2014), conforme ata de fls. 82/97, em que participou da reunião o Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Habitação da Prefeitura, à época, Sr. Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, representante e engenheiros da Caixa Econômica Federal (órgão concedente), representante, superintendente e engenheira da SAE, assessor especial da Secretaria de Planejamento da Prefeitura, e engenheiro da Tecminas.

Em seguida, o Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Habitação da Prefeitura que participou da reunião no SAE, Sr. Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, elaborou o Termo de Referência (em 12/08/2014), fls. 107/110, inserindo no item **1. Da Justificativa**, subitem 1.3, a indicação da empresa Tecminas Engenharia Ltda., para a contratação direta, por ser detentora do projeto inicial da estação de tratamento de água e, assim, possuidora de sua propriedade intelectual.

No item **3. Fundamentação Legal**, indica a Lei n. 8.666/93, e, ato contínuo, emite o documento, Declaração de Adequação Orçamentária e Financeira (fl. 111).

À fl. 112 consta documento de Autorização de Instauração de Processo, assinado pelo Prefeito Municipal, Sr. Raul José de Belém, indicando o art. 25, *caput*, da Lei n. 8.666/93, determinando as providências cabíveis, e, em seguida, solicita parecer jurídico à Procuradoria Municipal.

São signatários do contrato o Prefeito Municipal e o Sr. Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Habitação (fls. 180/186).

À fl. 187 constata-se que o Sr. Raul José de Belém ordenou e liquidou a despesa.

Nessa esteira, da documentação juntada aos autos da Tomada de Contas Especial n. 958.051, não se verifica documento que comprove a alegação do recorrente no sentido de que a competência para definir a modalidade, e o tipo de licitação, em que se enquadra a solicitação da contratação, fora do Departamento de Licitações e Contratos da Prefeitura, ainda que o § 2º, do art. 9º, do Decreto Municipal n. 140/2013 estabeleça como desse setor a competência.

Todavia, a definição da contratação direta encontra-se registrada no Termo de Referência, em que houve a indicação expressa da empresa Tecminas Engenharia Ltda., demonstrando, assim, que o Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Habitação, Sr. Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, e não o Departamento de Licitações e Contratos, definiu a contratação da empresa por procedimento de contratação direta.

E, ato contínuo, em conformidade ao Termo de Referência, o recorrente, Sr. Raul José de Belém, Prefeito Municipal, à época, autorizou a instauração do processo de inexigibilidade licitatória, citando a previsão legal do *caput*, do art. 25, da Lei n. 8.666/93, encaminhando os autos para parecer jurídico.

Pois bem. Após a promulgação da Lei nº 13.655/2018, deve-se considerar os parâmetros estabelecidos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB para fins de responsabilização e penalização de agentes públicos no âmbito dos processos de controle. Dispõe a lei:

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.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

[...]

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

Assim, jurisprudência e doutrina se debruçaram sobre o conceito de erro grosseiro na intenção de melhor delimitar as hipóteses em que se poderia configurá-lo. Posteriormente, suprimindo sua imprecisão, o Decreto Federal n. 9.830/2019 trouxe a seguinte delimitação:

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

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

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

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais. [g.n.]

Verifica-se que a norma qualifica e restringe as ações que são aptas a gerar a responsabilidade pessoal do agente, e, nessa esteira, além de afastar a possibilidade de responsabilização objetiva, exige que o ato culposos (erro) seja “grosseiro”¹. Aproximou o conceito de erro grosseiro ao de culpa grave, e, da lição de Sérgio Cavalieri Filho “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal”.

Nesse diapasão, conclui-se que o agente só poderá ser responsabilizado pessoalmente se sua conduta antijurídica for praticada com dolo ou culpa grave, o que deverá ser verificado caso a caso, concretamente, não bastando o mero nexo de causalidade entre a conduta praticada e a irregularidade verificada.

Assim, necessário perquirir se o responsável, ora recorrente, agiu com dolo ou culpa grave quando praticou o ato que culminou na irregularidade que ensejou a cominação da multa.

Entretanto, entendo que, no caso em exame, a irregularidade apontada que ocorrera na definição da contratação por inexigibilidade licitatória, tem caráter eminentemente técnico. O Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Habitação da Prefeitura, que participou da reunião no SAE, Sr. Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, responsável pela elaboração do Termo de Referência, fls. 107/110 dos autos de origem, como citado alhures, fez constar no item **1. Da Justificativa**, subitem 1.3, a indicação da empresa Tecminas Engenharia Ltda., para a contratação direta, por ser detentora do projeto inicial da estação de tratamento de água e, assim, possuidora de sua propriedade intelectual, e afirmou que “qualquer alteração no projeto inicial em questão somente seria possível através da empresa...”. Registro, aqui, que o Secretário desconsiderou a previsão legal acerca da propriedade intelectual do projeto, como registrado pelo relator em seu voto, nos termos do art. 111, da Lei n. 8.666/93, embora o próprio contrato

¹ Denúncia nº 980.380, da relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, julgada em sessão de 20/08/20, em sessão da Segunda Câmara.

entre a Prefeitura e a Tecminas tenha registrado essa previsão, no subitem 2.2, 2.2.3, ou seja, os direitos patrimoniais sobre o projeto, após os serviços, seriam transferidos ao município.

Assim, o Sr. Raul José de Belém, Prefeito Municipal, à época, convencido da possibilidade acerca da contratação direta, com espeque no Termo de Referência, apontou a inexigibilidade de licitação quando da autorização para a instauração do procedimento de contratação direta. Destarte, foi diligente, ao encaminhar o processo administrativo ao Procurador-Geral do Município, à época, Sr. Leonardo Furtado Borelli, para a emissão de parecer jurídico (fl. 113 dos autos de origem). Aquele Procurador-Geral, emitiu parecer pela viabilidade da contratação da empresa Tecminas por contratação direta (fls. 126/130 dos autos de origem).

Antes, porém, o Procurador-Geral do Município solicitou parecer à consultoria jurídica Ribeiro Silva Advogados Associados (fl. 113 dos autos de origem), sendo juntado o parecer de fls. 114/125 dos autos de origem, concluindo pela viabilidade da contratação direta, por inexigibilidade, da empresa Tecminas, recomendando, tão somente, a realização de pesquisa de preços de mercado e que o preço contratado fosse o menor entre os pesquisados. O que foi realizado.

Nessa esteira é preciso considerar que, além do Secretário Municipal de Planejamento, Orçamento e Habitação da Prefeitura, à época, Sr. Nilton Eduardo Castilho Costa e Silva, indicar a contratação direta da empresa Tecminas, diante da fundamentação da propriedade intelectual do projeto inicial, aspecto estritamente técnico, corroborado por parecer jurídico da Procuradoria Municipal, bem como parecer favorável da Consultoria Jurídica, foi gerada no gestor, com espeque nos pareceres jurídicos, legítima expectativa da regularidade da contratação.

Nesse diapasão, estou convencido, *in casu*, que o gestor municipal multado não poderia ser responsabilizado por sua decisão, por não restar configurado o erro grosseiro ou dolo, haja vista que não atuou com grosseira falta de cautela ou descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. E com culpa, prevendo o resultado, ou seja, com culpa consciente. Tampouco por erro grosseiro em relação a suas opiniões técnicas, mas ao contrário, descaracterizado o elevado grau de negligência e imprudência do recorrente, pois resta comprovado nos autos de origem que o gestor agiu amparado em opinião técnica e pareceres jurídicos. A questão da contratação direta, ou não, da empresa indicada no Termo de Referência, possui natureza técnica, que cabia aos emitentes dos pareceres jurídicos analisar. Sobretudo em relação à questão da propriedade intelectual do projeto frente ao art. 111, da Lei n. 8.666/93, e a subsunção, ou não, do caso concreto ao art. 25 do mesmo diploma legal.

Ante este cenário, não seria razoável imputar a responsabilidade ao Sr. Raul José de Belém, Prefeito Municipal, à época, pela irregularidade em epígrafe.

Registro que, para fins de responsabilização perante o Tribunal de Contas da União, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige; não o contrário, como fiz constar em voto que proferi nos autos da Denúncia n. 951.377, julgada em sessão da Segunda Câmara, em 05/12/2019.

Transcrevo a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE.

(...)

É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou (...)

(STJ, REsp 827445/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 08/03/2010)

Portanto, merece reparo a decisão impugnada, devendo ser alterada a decisão recorrida, desconstituindo a multa imputada ao Prefeito Municipal, à época, Sr. Raul José de Belém, uma vez que a responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir, somente se configurando se presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica, ou se houver conluio entre os agentes, nos termos da previsão do § 6º, do art. 12, do Decreto Federal n. 9.830, de 2019. Portanto, não caracterizada a culpa grave (erro grosseiro), prevista no art. 28, da LINDB.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **voto, preliminarmente, pelo conhecimento** do recurso, e, no mérito, **dou provimento**, desconstituindo a multa aplicada ao Sr. Raul José de Belém, Prefeito Municipal, à época, pela instauração indevida do processo de inexigibilidade licitatório para a contratação da empresa Tecminas Engenharia Ltda., uma vez que os elementos constantes nos autos comprovam que o gestor agiu com amparo em pareceres técnico e jurídico, não restando configurado o pressuposto necessário à responsabilização pessoal do agente, a culpa grave (erro grosseiro), conforme art.28 da LINDB.

Intime-se o recorrente e seus procuradores da decisão, conforme o disposto no inciso I, do § 1º, do art. 166 do Regimento Interno deste Tribunal.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, como dispõe o art. 176, inciso I do citado diploma regimental.

É como voto.

CONSELHEIRO CLÁUDIO COUTO TERRÃO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

Senhor Presidente, na esteira das manifestações da Unidade Técnica e do Ministério Público de Contas junto a este Tribunal, voto pela manutenção da decisão recorrida, com seus próprios e juízos fundamentos.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

Acompanho o voto do Relator, senhor Presidente.

CONSELHEIRO DURVAL ÂNGELO:

Acompanho o Relator.

CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO ADONIAS MONTEIRO:

De acordo com o Relator.

CONSELHEIRO PRESIDENTE MAURI TORRES:

FICA APROVADO O VOTO DO RELATOR. VENCIDO O CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA.

(PRESENTE À SESSÃO A PROCURADORA-GERAL ELKE ANDRADE SOARES DE MOURA.)

* * * * *

sb/rp

