



Voto do Relator 05457/2022-2

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 04241/2020-3

Classificação: Tomada de Contas Especial Instaurada

Setor: GAC - Sérgio Aboudib - Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Criação: 24/10/2022 21:23

UG: SEAG - Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Interessado: PAULO ROBERTO FOLETTTO

Responsável: OCTACIANO GOMES DE SOUZA NETO, ZACARIAS CARRARETTO, ROBERTO CARLOS MAGALHAES LEITE, JOSE ARTHUR BERMUDES DA SILVEIRA, MARCIO ARAUJO PASSOS, UNICA CONSULTORES DE ENGENHARIA LIMITADA, SONDOTECNICA ENGENHARIA DE SOLOS S A, CONSORCIO GERENCIADOR SONDOTECNICA - UNICA

Procuradores: GIULIANO VALLADARES NADER RANGEL (OAB: 26115-ES), JOAO ROBERTO DE SA DAL COL (OAB: 17796-ES), CAIO DE SA DAL COL (OAB: 21936-ES), RUBENS LARANJA MUSIELLO (OAB: 21939-ES), ZACARIAS CARRARETTO FILHO (OAB: 11878-ES), RODOLPHO PANDOLFI DAMICO (OAB: 16789-ES, OAB: 197846-MG, OAB: 57649A-SC, OAB: 230634-RJ, OAB: 69570-BA, OAB: 463528-SP, OAB: 70998-DF), RAPHAEL SOUZA DE ALMEIDA (OAB: 16620-ES), RENATA APARECIDA LUCAS (OAB: 7642-ES), GIUSEPPE GIAMUNDO NETO (OAB: 234412-SP, OAB: 181640-RJ, OAB: 6092-RO, OAB: A1132-AM), FERNANDA LEONI (OAB: 330251-SP), PAULO BALDI NETO (CPF: 051.087.118-67), GIAMUNDO NETO SOCIEDADE DE ADVOGADOS (CNPJ: 22.711.001/0001-87)

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO – TOMADA DE
CONTAS ESPECIAL – SEAG - SECRETARIA DE ESTADO DA
AGRICULTURA, ABASTECIMENTO, AQUICULTURA E PESCA
– EXERCÍCIO 2020 - DANO AO ERÁRIO – RESSARCIMENTO –
PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA E RESSARCITÓRIA
EM RELAÇÃO À PARTE DOS JURISDICIONADOS – STF
TEMA 899 – AFASTAR AS DEMAIS IRREGULARIDADES –
CIÊNCIA – ARQUIVAMENTO.**



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

O CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Tomadas de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas em 18/8/2020, pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020, para apurar possíveis irregularidades no pagamento de serviços decorrentes do Contrato SEAG nº 021/2014 firmado pela SEAG e o Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única, cujo objeto é a contratação de Gerenciamento e Supervisão, com o objetivo de dar apoio à Gerencia de Infraestrutura, Obras e Serviços Rurais GIEOSR, em todas as suas atividades técnicas, com destaque para os serviços de gerenciamento das obras de pavimentação e conversação de vias integrantes do Programas Caminhos do Campo da Secretaria de Estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca.

Registra-se que após o recebimento inicial do presente processo por este Tribunal, seguindo o rito administrativo, posteriormente, por meio da Decisão Monocrática 806/2020-5 (peça 007) foi deferido o prazo de 90 dias para a entrega da documentação

Durante o transcurso do prazo determinado, foi protocolado a Resposta de Comunicação 167/2021-1, acompanhado da Defesa/Justificativa 262/2021-1 e demais peças complementares que fazem parte deste processo.

Seguindo o rito processual, após análise da documentação encaminhada foi elaborada a Manifestação Técnica 1092/2021-8 acompanhada da 2081 - Instrução Técnica Inicial 189/2021-7 na qual se indicou a citação dos responsáveis e serviu de subsídio para a Decisão SEGEX 274/2021-3.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

As citações foram, no geral, respondidas de forma tempestiva e a documentação com as defesas/justificativas foram encaminhadas para esse Tribunal. Posteriormente, ao analisar os autos, o Relator no uso de suas atribuições, por meio do Despacho 37523/2021-4 declarou a Revelia dos Senhores Zacarias Carrareto e Marcio Araújo Passos, dando-se prosseguimento ao feito nos termos regimentais

Em seguida, foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 298/2022** (peça 2134), que sugeriu ao final:

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto nesta Instrução Técnica Conclusiva, indica-se o encaminhamento deste documento para o Gabinete do Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto para as demais providências, dentre as quais, sugere-se:

5.1 Reconhecer a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, dos atos praticados previstos no item 3 desta Instrução Técnica Conclusiva, em face dos pontos abaixo, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012, no que se referente a pena de multa e irregularidades formais cometidas pelos responsáveis: Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto.

5.2 Rejeitar as preliminares arguidas pelas defesas, contidas nos itens 2.1 a 2.6, com a exceção do item 2.5, que foi acolhida parcialmente, já tratada no item anterior.

5.3 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, sugere-se a manutenção das seguintes irregularidades que levam ao ressarcimento:

5.3.1 Recebimento irregular de pagamentos de relatórios, em desacordo com o contrato, e reajustamento com índices equivocados, ocasionando dano ao erário. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima item 10.1 e alíneas “K” e “l” do Contrato SEAG N° 021/2014. Desta forma, entende-se, que a irregularidade deve ser mantida. Responsáveis: Consórcio Gerenciador Sondotécnica-Única, Única Engenharia Urbana Ltda e Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Ressarcimento: R\$ 58.180,18 (cinquenta e oito mil cento e oitenta reais e dezoito centavos), equivalentes a 20.996,16 VRTEs.

5.3.2 Liquidação irregular de medições com pagamento de relatórios em desacordo com o contrato e reajustamento com índices equivocados, ocasionando dano ao erário. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014. Desta forma, entende-se, que a irregularidade



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

deve ser parcialmente mantida. Ressarcimento: R\$4.781.452,66 equivalente a 1.711.718,85 VRTE

5.4 Determinar a criação de grupo de trabalho, ou equivalente, na SEAG para que faça um estudo e implemente, com prazo de 12 meses, documento que crie ou revise padrões para evitar a ocorrência de irregularidades similares.

O Ministério Público de Contas se manifestou por meio do Parecer de fls. 811/2022 (peça 2138), da lavra do Procurador de Contas Luiz Henrique da Silva, que acompanhou a área técnica.

Na 30ª Sessão Ordinária do Plenário realizada em 29/06/2022, o responsável apresentou defesa oral e posteriormente juntou-se as notas Taquigráficas (peça 2149), encaminhando-se os autos à área técnica para análise.

Na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0047/2022 (peça 2152), a área técnica concluiu:

3. CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Considerando os fundamentos expostos nesta Manifestação Técnica, sugere-se:

3.1 Reconhecer parcialmente a prescrição da pretensão punitiva desta Corte de Contas, nos termos do item 02, com base no art. 373 do RITCEES c/c art. 71 da Lei Complementar nº 621/2012;

3.2 Não entendendo dessa forma, considerando que os elementos suscitados na sustentação oral não alteram as conclusões havidas pela área técnica, sugere-se o **prosseguimento com julgamento do feito**, na forma dos arts. 327 a 329 da Resolução TC 261/2013.

O Ministério Público de Contas manifestou-se através do Parecer 44123/2022 (peça 2155), da lavra do procurador Luiz Henrique da Silva de acordo com a proposição 3.2 contida na Manifestação Técnica de Defesa Oral 0047/2022.

É o relatório.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1 ANÁLISE DAS PRELIMINARES DE MÉRITO

II.1.1 PRESCRIÇÃO

Em síntese, trata-se de Tomadas de Contas Especial Instaurada, protocolizada neste Tribunal de Contas em 18/8/2020, pelo Secretário de estado da Agricultura, Abastecimento, Aquicultura e Pesca - SEAG, Sr. Paulo Roberto Foletto, por meio do Ofício OF/SEAG/GS/Nº 606/2020.

Acerca da prescrição da pretensão punitiva, a **Instrução Técnica conclusiva ITC 298/2022**, constatou que se **tratam de serviços executados de forma continuada** e que a **continuidade dos serviços se encerra individualmente** na medida em que o responsável saia da função de ordenador de despesas que que o ato finde.

Diz a área técnica que às 109 e seguintes encontraram-se as medições dos serviços e a respectiva responsabilidade de cada agente. Sendo assim, possível de se verificar a prescrição de forma individualizada:

Responsável	medição	período	citação	Prescrição (5 anos)
Consórcio Gerenciador Sondotécnica Única		Ao longo de todo o contrato.	Julho 2021	Não há prescrição
Marcio Araújo Passos	1ª a 11ª medição	Março de 2014 a março de 2015	Julho 2021	Março de 2020
José Arthur Bermudes da Silveira	12ª a 21ª medição	Abril 2015 a janeiro de 2016	Julho 2021	Janeiro de 2021
Roberto Carlos Magalhães Leite	22ª a 47ª medição	Fevereiro 2016 a março de 2018	Julho 2021	Não há prescrição.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Octaciano Gomes de Souza Neto	11ª a 24ª medição	Março de 2015 a abril de 2016	Julho 2021	Abril 2021
Zacarias Carraretto	24ª a 47ª medição	Abril 2016 a março de 2018	Julho 2021	Não há prescrição.

No caso vertente, extrai-se que o prazo prescricional (norma material, com efeito retroativo, portanto) **iniciou-se com o fim da ocorrência dos fatos continuados, conforme tabela acima, com interrupção no momento da citação válida dos responsáveis - ocorridas em julho de 2021.**

Assim, tendo como referência o prazo quinquenal de prescrição, tem-se que os atos praticados anteriores a setembro de 2016 estão sujeitos à incidência do referido instituto. Contudo, as medições a partir de setembro daquele ano (2016) **não** registram a incidência da prescrição.

Verifica-se assim que, nos presentes autos, ocorreu a consumação da prescrição da pretensão punitiva somente em relação aos seguintes responsáveis: **Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos**. Não ocorrendo quanto aos demais responsáveis.

Quanto prescrição da pretensão ressarcitória este Tribunal já se manifestou em diversos processos sobre o tema, encampando o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 636886 (Tema 899), por meio do qual o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, por unanimidade, decidiu pela prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário baseada em decisão de Tribunal de Contas, tendo o *decisum* transitado em julgado em 05/10/2021.

A tese formulada foi a seguinte:

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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Pioneiro a aplicar a tese lançada pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, através do Plenário assim decidiu:

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

Corroborando o entendimento citado este Tribunal já se manifestou através de diversos julgados pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário, os quais cito como exemplo TC 2544/2010; 6037/2012; 1939/2014; 2343/2009;

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

Diante do exposto entendo que está presente o instituto a prescrição, tanto punitiva quanto ressarcitória, em relação aos seguintes responsáveis: Octaciano



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos. Não ocorrendo quanto aos demais responsáveis.

II.1.2 NECESSIDADE DE IMEDIATA SUSPENSÃO DA PRESENTE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Em análise da documentação encaminhada, na defesa do Sr. Roberto Carlos Magalhães Leite, em que se destaca no documento 2110 - Peça Complementar 36057/2021-8, o citado agravo de Instrumento que enseja ao citado pedido de “suspensão imediata” da presente tomada de contas especial.

A área técnica esclarece que o citado agravo teve por objetivo evitar aplicação de penalidade a empresa Sondotecnica que teria ocorrido sem a oportunidade de defesa. Ocorre que a suspensão trata dos efeitos advindos dessas penalidades que não atingem ao Tribunal de Contas, pois não são estes objetos de análises nesta peça.

Nesse sentido, não poderia estender os efeitos sobre o simples envio de informações a este Tribunal. Não aplicando o Tribunal de Contas nenhuma penalidade ou validando penalidade aplicada

Dito isto, fica claro que a paralização deste processo esperando eventual desfecho do já citado processo, ajuizado pela empresa Sondotecnica, seria além de incorreto, poderia ser de grave prejuízo ao erário.

Desta forma, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.1.3 NECESSIDADE DE BAIXA DA INSCRIÇÃO NO CADIN/ES



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Em análise da argumentação apresentada pelo SR. Roberto Carlos Magalhães Leite, verifica-se que o caso se assemelha a questão anterior, em que uma penalidade aplicada pelo jurisdicionado na fase interna é tema de questionamentos na fase externa.

Como bem pontuado pela área técnica, não cabe a este Tribunal, atuar como órgão revisor ou de segunda instância de eventuais decisões equivocadas emanadas de outros órgãos.

Desta forma, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.1.4 ILEGITIMIDADE PASSIVA – ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DO CONTRATO DEFINIDAS PELA PORTARIA SEGER/PGE/SECONT Nº 049- R/2010 DE 24 DE AGOSTO DE 2010

Em análise da argumentação na defesa do Sr. Roberto Carlos Magalhães Leite, verifica-se que os próprios defendentes confessam a participação no contrato, ainda que como fiscais e não como gestores. Contudo, não significa que o defendente, por ter figurado na fiscalização do contrato, não tenha responsabilidade.

A análise de condutas e suas eventuais responsabilidades devem ser realizadas no mérito e eventual afastamento, de sua responsabilidade, não se confunde com a ilegitimidade passiva.

Ao reconhecer que não tinha conhecimentos técnicos para constatar a adequada prestação dos serviços, demonstra que agiu de forma imprudente, pois, mesmo assim, atestou que os serviços foram prestados de acordo com o declarado nos boletins de medição. Ao assim agir, o recorrente assumiu o risco de dar causa a pagamentos



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

indevidos às contratadas. É o que diz a jurisprudência do TCU no Acórdão nº 695/2003 - 1ª Câmara mantido em grau de recurso – Acórdão nº 1.033/2004- 1ª Câmara.

A respeito da fiscalização do contrato, Marçal Justen Filho leciona que:

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade de outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos.

Diante o exposto, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.1.5 NULIDADE DO RELATÓRIO FINAL DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL – NÃO APURADA A CONDUTA DO GESTOR DO CONTRATO – SERVIDOR PÚBLICO COM FUNÇÃO ATIVA NA SEAG - GERENTE QCE-03

Alega o defendente que o Relatório Final produzido pela SEAG seria nulo, por não incluir a responsabilização do servidor Diego Barbosa Ribeiro. Ocorre que assim como já tratado em itens anteriores a inclusão e exclusão de servidores responsáveis decorre da sua efetiva participação. No primeiro momento, não se verificou participação ativa e frequente desse servidor na gestão do contrato, não se localizando documentos encaminhando solicitações de pagamentos ou outras que demonstrem gerência.

Aparentemente, pela argumentação de defesa juntada aos demais documentos do processo, o fiscal acabou exercendo a função também de gestão, ainda que se possa alegar uma legitimação questionável. Na prática, tal conduta era aceita ou ao menos tolerada, pois não se localizou outros documentos que mostrassem a atuação desse servidor.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

No que se refere a anulação do Relatório Final por falha ou omissão na sua responsabilização de agentes públicos, ainda que fosse comprovada, tal consequência não poderia atingir o processo instaurado nesse Tribunal. Os documentos produzidos na fase interna, que no presente caso foram feitos na SEAG, servem apenas de subsídios não se tratando o Tribunal, em casos de tomadas de contas, como esta, de segunda instância.

Diante o exposto, a preliminar deve **ser rejeitada**.

II.2 DO MÉRITO

Analisaremos o mérito quanto aos responsáveis que não foram alcançados pela prescrição.

Da análise da ITI 189/2021-7, deste processo, se observa que foram listadas as irregularidades, conforme documentação encaminhada na inicial, desta forma, serão repetidas as irregularidades constantes da citada ITI acompanhadas das respectivas defesas. Os subtópicos 3.1 e 3.2 se referem a várias irregularidades que se repetem tanto para a empresa contratada, como para os demais responsáveis que atuaram pela SEAG.

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG N° 021/2014



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

A equipe técnica constatou que os índices de reajustes utilizados em parte do contrato foram empregados de maneira incorreta, conforme relatado pela área técnica na ITC 298/2022. A defesa alega diferença de interpretação e uma possível dúvida objetiva, como forma de exclusão de sua responsabilidade. Apesar de tal argumentação, segundo a área técnica, não se localizou qualquer subsídio técnico jurídico que a sustente.

Como observa o corpo técnico, os índices e formas do reajustamento do contrato são objetivos e de aplicação direta, não dando margens a interpretações. Como apontado, no Relatório Final da TCE, o valor a ser ressarcido é de R\$ 58.400,80, conforme Tabela XI, que consta de apêndice do referido relatório.

No que tange aos demais pontos abordados como irregularidades, eles serão discutidos, no próximo item, porém os seus efeitos serão considerados também no presente item. Isso será feito apenas para evitar a duplicidade de argumentos.

Deixo para analisar esta irregularidade no item seguinte, uma vez que as argumentações lá utilizadas serão as mesmas a serem realizadas neste.

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014.

Segundo a Instrução Técnica Conclusiva 298/2022, várias irregularidades apontadas referem-se à não produção de um termo de solicitação do documento questionado.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Ao se analisar o caso concreto, percebe-se que o fato de não se ter emitido solicitação prévia para a execução de um serviço, não é o suficiente para gerar a sua nulidade, ainda que tal prática serviria para proteger a SEAG de relatórios não desejados.

Em primeiro lugar porque em nenhum trecho deste Relatório Final consta a informação de que os citados documentos técnicos produzidos eram inservíveis. Em segundo lugar porque as mesmas pessoas que deixaram de emitir tais solicitações eram as mesmas que receberam e autorizaram o seu pagamento, ou seja, poderiam ter apenas emitido a solicitação de forma posterior ou demonstram uma autorização tácita.

A área técnica entende que a ausência de emissão de solicitação de ordens de serviço contraria os termos do contrato e demonstra que a administração não detinha pleno conhecimento do contrato ou não se importou em segui-lo.

Apesar disso, entende o corpo técnico que eventuais falhas nos documentos podem ter se originado de forma inicial, desde o termo de referência, e seguido para os demais documentos por uma falta de análise, ou seja, a glosa se deu semente pela ausência de solicitação formal dos documentos, sem que houvesse irregularidades nos mesmos. Trata-se dos Relatórios de laudos Topográficos Específicos, dos Relatório de ensaios; • ROCX; • RACSX; • RRCX; • RAPX; • RTEX; • RGEX; • Relatório de Inspeção Técnica.

Já o Relatório de Avaliação de Gestão Ambiental – RGA, segundo o corpo técnico, deve ter a sua glosa mantida, pois os responsáveis por sua elaboração eram pessoas diversas das elencadas na equipe técnica que inicialmente participou da licitação, e que a formação da equipe e experiência não seriam compatíveis.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Em sede de defesa, a empresa não comprova que houve a devida participação do responsável que teve o seu nome atrelado a sua proposta técnica inicial.

Ressalta o corpo técnico que, segundo o Relatório Final, a licitação, da qual a empresa contratada se sagrou vencedora, era modalidade técnica e preço e a sua **equipe técnica foi um dos aspectos pontuados que teriam sido decisivos para a vitória**, haja vista que a referida proposta financeira não era a de menor valor. Diante disso, a área técnica entendeu por manter a glosa e consequente ressarcimento de R\$ 218.052,68.

Com a utilização de raciocínio similar ao que foi utilizado no RAM, entende-se que o Relatório de Inspeção Técnica periódica – RIP – deve ser aceito, entretanto a sua utilização possui irregularidades que precisam ser reavaliadas para outros contratos.

Dentre as diversas irregularidades apontadas no Relatório Final, observa-se como as mais relevantes justamente os referentes ao não cumprimento da equipe estipulada em contrato, conforme quantitativo de pessoas, qualificação e experiência.

A defesa da contratada indica os nomes dos profissionais que normalmente assinavam as medições sem comprovar a participação da equipe técnica, nos moldes da proposta técnica apresentada.

Deve-se esclarecer que apesar do não cumprimento da equipe técnica afetar todo o contrato, nos itens em que a equipe responsável pela TCE entendeu pelo ressarcimento total, por falta de autorização prévia, o que fez com que não fosse calculado o ressarcimento em função da glosa parcial.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Porém, na Instrução Técnica Conclusiva, a área técnica entende por manter a irregularidade de forma parcial, inclusive, realizando o cálculo que entenderam correto ser ressarcido.

Pois bem.

Analisando todo o processado verifico que a única ressalva que se impõe em toda a análise minuciosa feita pela área técnica foi a de utilizar-se de equipe diversa da elencada no processo licitatório para realizar medições.

Ocorre que a defesa indica os nomes dos profissionais que assinavam as medições e a área técnica diz que isso não comprova que foram eles que realizavam as medições. Ora, se o profissional assinava as medições, mesmo que ele não as realizasse *in locu*, com certeza as conferia e verificava de acordo com sua expertise.

Assim, não vislumbro má-fé do gestor ao proceder dessa forma e entendo pertinente realçar as inovações trazidas em abril de 2018, pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), regulamentada pelo Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, em que foram inseridas fortes alterações introduzidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, dentre elas a inclusão do art. 28, a saber: Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Como se vê, o dispositivo passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa. Muito embora o projeto de lei tenha tentado explicitar o significado da expressão “erro grosseiro”, sugerindo sua definição no §1º do art. 28, tal dispositivo foi vetado, restando ao aplicador do Direito a tarefa de interpretar este conceito que carrega o conteúdo



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

jurídico indeterminado. É imperioso reconhecer que erro grosseiro é o contrário de erro escusável, sendo, portanto, injustificável por ofender conhecimentos ou deveres elementares e, mesmo que a lei não tenha dito, advém de uma ação culposa que pode ser decorrente de uma atitude imprudente, negligente ou imperita, e não de um mero equívoco justificável. Nesse sentido, é a lição dos professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

[...] O “erro grosseiro”, por sua vez, terá lugar quando o agente público incorrer em negligência, imprudência ou imperícia irrecusáveis no exercício de seu mister (por exemplo, quando expedir um ato administrativo de cassação de uma licença, com base numa legislação revogada). Não se trata de violar a probidade, por divergência de interpretações com o seu controlador, mas de atuar com menoscabo e com desídia para com a função pública.¹

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

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

¹ O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinioao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>> Acesso em 25/05/2018



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

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

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

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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos licitatórios, realizados pelo Município de Assunção/PB, para execução de obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério das Cidades.

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

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

[...] culpa grave resulta da alta violação dos deveres objetivos de cuidado. Não tratamos, com efeito, de uma falta de observância qualquer dos deveres de uma boa administração, mas de enganos grosseiros, da culpa manifesta e graduada em degraus mais elevados, à luz da racionalidade que se espera dos agentes públicos e de padrões objetivos de cuidados².

Nota-se, então, que o art. 28 da LINDB está em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrios. Assim, nos feitos submetidos a esta Corte, se identificada uma situação de dolo comprovado ou erro grosseiro ou, ainda, culpa grave, – requisitos exigidos pela LINDB que sinalizam a alta reprovabilidade e censurabilidade do ato praticado – autorizada estará a manutenção de sanções, uma vez que nestes

² Teoria da Improbidade Administrativa, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 246-247



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

casos, ausentes os elementos excludentes da culpabilidade e da ilicitude da conduta analisada, como a boa-fé expressada pela interpretação equivocada, embora plausível, dos fatos tidos por irregular. Na linha de intelecção da LINDB, passo a análise da defesa, quando da apreciação das irregularidades individualmente tratadas nos tópicos a seguir:

Nestas circunstâncias, ressalto os termos da Lei 13.665/2018, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), sancionada no dia 25 de abril passado, que alterou a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, na qual foram introduzidos dez novos artigos, trazendo inovações importantes aos que detêm poder de decisão, com avaliação motivada com base no mundo real e não em abstrações jurídicas. Na hipótese vertente, me reporto especialmente ao artigo 22, com o qual o legislador quer evitar, com razão, que ao gestor sejam impostas ações de cumprimento inviável ou impossível. Portanto, a partir desta alteração legislativa o julgador em sua decisão deverá inteirar-se da situação do gestor e ter em conta a realidade, não bastando a alegação genérica que a ele cabe dar efetividade a políticas públicas, *in verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) Na linha de raciocínio apontada, reconheço os obstáculos e as dificuldades vivenciadas pelo gestor, em razão das exigências das políticas públicas habitualmente enfrentadas, agravada pela situação política e dos fenômenos naturais, que limitaram e/ou condicionaram a ação do agente em questão, circunstâncias atenuantes que devem ser ponderadas nesta decisão, nos termos do art. 22 da citada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Neste sentido, todos esses fatores me levam a decidir, neste caso concreto, que a não limitação de empenho e o consequente déficit orçamentário e financeiro, não pode ser analisado de forma isolada e



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

desconsiderada as excludentes de culpabilidade evidenciadas nos autos. Portanto, ante as excludentes de culpabilidade evidenciadas, entendo que as irregularidades ora analisadas não se enquadram no conceito de erro grosseiro exposto no item II.4 deste voto, razão pela qual mantenho os indicativos de irregularidade, mas os considero passíveis de ressalva. Ressalta-se, porém, que as irregularidades deverão ser analisadas de forma conjunta.

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

Nessa linha, no caso concreto, não restou demonstrado erro grosseiro ou descaso do gestor, pois consta nos autos que cumpriu das determinações impostas, mesmo que de forma extemporânea.

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

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

Eis aí, pois, **o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção.** Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom. [g.n.]

(**Ética a Nicômaco**; Poética / Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 103)

O Direito Constitucional contemporâneo debruçou-se sobre o mesmo assunto que, para o doutrinador Uadi Lammêgo Bulos, tem estatura constitucional e é um dos cernes



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

do devido processo legal, princípio cuja inteireza abarca diversos quadrantes da ordem jurídica como o direito à liberdade e à propriedade:

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

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

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

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

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

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

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

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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

- VI - **adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;**
- VII - **indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;**
- VIII – **observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;**
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação. [g.n.]

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

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

É dever do aplicador da sanção (Estado Juiz ou Estado Administração) verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade à luz dos princípios que informam a atuação daqueles que se relacionam com a Administração Pública ou que manejam recursos públicos.

(A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico disponível em www.direitodoestado.com.br. Nº 28, novembro, dezembro, janeiro/2012. p. 7,9)



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

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

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

O art. 1º, § 1º, da Lei Complementar 621, de 8 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado) estabelece que na fiscalização e no julgamento de contas que lhe competem, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a economicidade, a eficiência, a eficácia, a efetividade, a **razoabilidade e a proporcionalidade** dos atos de gestão, das despesas deles decorrentes, bem como da aplicação de subvenção e da renúncia de receitas.

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

Assim entendo que a irregularidade deva ser afastada.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

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

Sergio Aboudib Ferreira Pinto

Conselheiro Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACÓRDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. Rejeitar as preliminares:

1.1 Imediata suspensão da presente tomado de contas especial;

1.2 Baixa na inscrição do Cadin/ES;

1.3 Illegitimidade passiva – atribuições do fiscal do contrato definidas pela portaria SEGER/PGE/SECONT N° 049-R/2010 de 24 de agosto de 2010;

1.4 Nulidade do relatório final da tomada de contas especial – não apurada a conduta do gestor do contrato – servidor público com função ativa na SEAG - Gerente QCE-03;

1.5 Quanto à **Prescrição da pretensão punitiva**, entende-se que a **preliminar deve ser acolhida, em relação aos senhores Marcio Araújo Passos, José Arthur Bermudes da Silveira e Octaciano Gomes de Souza Neto;**

1.6 Impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritosanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Gabinete do Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

2. EXTINGUIR o presente processo com resolução do mérito, para os responsáveis: Octaciano Gomes de Souza Neto, José Arthur Bermudes da Silveira e Marcio Araújo Passos, com fundamento no inciso II do art. 487³, do Novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105/2015), tendo vista o reconhecimento da prescrição nos termos deste Voto.

3. Afastar as irregularidades abaixo listadas de acordo com a fundamentação exposta, julgando **Regular a Tomadas de Contas Especial** sob exame:

II.2.1 RECEBIMENTO IRREGULAR DE PAGAMENTOS DE RELATÓRIOS, EM DESACORDO COM O CONTRATO, E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66 da lei 8666/1993. Cláusula primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.1 e alíneas “K” e “I” do Contrato SEAG N° 021/2014

II.2.2 LIQUIDAÇÃO IRREGULAR DE MEDIÇÕES COM PAGAMENTO DE RELATÓRIOS EM DESACORDO COM O CONTRATO E REAJUSTAMENTO COM INDICES EQUIVOCADOS, OCASIONANDO DANO AO ERÁRIO. Fundamentação Legal: Artigo 62 e 63 da lei 4.320/64. Artigo 2º, § 1º, 2º e 3º da Lei 10.192/2001. Artigo 66, 67 e 76 da lei 8666/1993. Cláusula Primeira, item 1.1, Cláusula décima, item 10.2 e alínea “b” do Contrato SEAG N° 021/2014.

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

³ **ARTIGO 487 DA LEI Nº 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015**

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - **decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;**



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaiz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913