



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

PROCESSO N.: 01534/2021-TCERO
SUBCATEGORIA: Recurso de Reconsideração
JURISDICIONADO: Secretaria de Estado da Saúde (SESAU)
ASSUNTO: Recurso de Reconsideração – Acórdão AC2-TC 00603/2020, Processo n. 03041/2013-TCERO
INTERESSADO: Gilvan Ramos de Almeida (CPF n. ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12, recorrente.
ADVOGADOS: Almeida & Almeida – Advogados Associados, OAB/RO 012/2006, CNPJ 08.316.145/0001-08;
José de Almeida Júnior, OAB/RO 1370;
Carlos Eduardo Rocha Almeida, OAB/RO 3593
RELATOR: Conselheiro VALDIVINO CRISPIM DE SOUZA
REVISOR: Conselheiro EDILSON DE SOUSA SILVA
SUSPEIÇÃO: Conselheiros Benedito Antônio Alves e José Euler Potyguara Pereira de Mello.
GRUPO: II
SESSÃO: 2ª Sessão Ordinária Virtual da 1ª Câmara, realizada de 06 a 10 de março de 2023

EMENTA: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À RESPONSABILIZAÇÃO.

1. A análise do conjunto probatório que instrui o processo originário é passível de demonstrar a ausência do elemento subjetivo necessário à responsabilização do agente público.
2. Neste sentido, não é possível afirmar que o recorrente tenha agido com desídia, haja vista terem sido adotadas as medidas possíveis, dado o contexto de contratação emergencial e considerando a impossibilidade de interrupção dos serviços.
3. Em vista do contexto fático e circunstancial verificado à época dos fatos, bem como diante da complexidade da contratação e da ausência de notícias acerca de possíveis irregularidades ou sobrepreços, não se revela justa a atribuição de responsabilidade ao recorrente.
4. Demonstrada, portanto, a excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa.
5. Necessidade de manutenção da coerência da jurisprudência desta Corte de Contas.
6. Provimento do recurso de reconsideração para o fim de afastar a responsabilidade do recorrente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto por Gilvan Ramos de Almeida, em face do Acórdão AC2-TC 00603/2020, proferido nos autos do Processo de Tomada de Contas Especial n. 3041/2013, o qual tinha como objeto a apuração de possíveis danos ao erário decorrentes da prática de sobrepreço na contratação de serviços de fornecimento de refeições preparadas (dietas gerais e especiais), objeto do Contrato n. 073/PGE/2012, celebrado entre o Poder Executivo Estadual, por intermédio da SESAU, e a sociedade L&L Indústria e Comércio de Alimentos, para atender o Hospital de Base Ary Pinheiro, o Hospital e Pronto Socorro João Paulo II, o Centro de Medicina Tropical de Rondônia (CEMETRON), e o Hospital Regional de Cacoal.
2. Proferido o referido acórdão, a Colenda 2ª Câmara deste Tribunal de Contas decidiu no seguinte sentido, relativamente ao recorrente:

(...)

II – Julgar irregulares as contas especiais de Gilvan Ramos de Almeida – CPF nº ***.461.102-** (Secretário de Estado da Saúde no período de 14/2/12 a 21/11/12), Thiago Leite Flores Pereira – CPF nº ***.339.338-** (Presidente da Comissão de Licitação), Maria da Ajuda Onofre dos Santos - CPF nº ***.377.892-** (Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/Sesau), Joice Vieira de Carvalho - CPF nº ***.931.872-** (Membro da Comissão Especial de Recebimento) e da empresa L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli - CNPJ 07.605.701/0001-01, com fundamento no art. 16, inc. III, alíneas “b” e “d”, da Lei Complementar Estadual nº 154/1996, em decorrência das irregularidades a seguir indicadas:

a) De responsabilidade de Gilvan Ramos de Almeida (CPF nº ***.461.102-**, Secretário de Estado da Saúde), solidariamente com Thiago Leite Flores Pereira (CPF nº ***.339.338-**, Presidente da CPL, Maria da Ajuda Onofre dos Santos (CPF nº ***.377.892-**, Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/Sesau), Joice Vieira de Carvalho, (CPF nº ***.931.872-**, Membro da Comissão Especial de Recebimento) e da empresa L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli (CNPJ nº 07.605.701/0001-01), pela grave ofensa aos princípios da legalidade e da eficiência, insculpidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, bem como ao disposto nos artigos 15, inciso V e 26, incisos II e III, Parágrafo Único, da Lei Federal nº 8.666/93, por terem concorrido para a consumação do sobrepreço dos itens da Dieta Geral, objeto do Contrato nº 073/2012-



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

PGE, que acarretou o dano ao erário no montante de R\$ 1.954.128,65 (um milhão, novecentos e cinquenta e quatro mil, cento e vinte e oito reais e sessenta e cinco centavos);

b) De responsabilidade de Gilvan Ramos de Almeida (CPF nº ***.461.102-**, Secretário de Estado da Saúde), solidariamente com Thiago Leite Flores Pereira (CPF nº ***.339.338-**, Presidente da CPL, Maria da Ajuda Onofre dos Santos (CPF nº ***.377.892-**, Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/Sesau), Joice Vieira de Carvalho, (CPF nº ***.931.872-**, Membro da Comissão Especial de Recebimento) e da empresa L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli (CNPJ nº 07.605.701/0001-01), pela grave ofensa aos princípios da legalidade e da eficiência, inculpidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, bem como ao disposto nos artigos 15, inciso V e 26, incisos II e III, Parágrafo Único, da Lei Federal nº 8.666/93, por terem concorrido para a consumação do sobrepreço dos itens da Dieta Enteral, objeto do Contrato nº 073/2012-PGE, que acarretou o dano ao erário no montante de R\$ 1.438.564,62 (um milhão, quatrocentos e trinta e oito mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e sessenta e dois centavos);

(...)

III – Condenar, com fulcro no art. 19 da Lei Complementar nº 154/1996, solidariamente, os senhores Gilvan Ramos de Almeida (CPF nº ***.461.102-1**), Thiago Leite Flores Pereira (CPF nº ***.339.338-**), as senhoras Maria da Ajuda Onofre dos Santos (CPF nº ***.377.892-**), Joice Vieira de Carvalho, (CPF nº ***.931.872-**), bem como a sociedade empresarial L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli (CNPJ nº 07.605.701/0001-01), à obrigação de restituir ao erário estadual o valor histórico de R\$ 1.954.128,65 (um milhão, novecentos e cinquenta e quatro mil, cento e vinte e oito reais e sessenta e cinco centavos), o qual, ao ser corrigido monetariamente e acrescido de juros a partir da data do desembolso ilegal (maio de 2013), corresponde ao montante atual de R\$ 4.785.702,93 (quatro milhões, setecentos e oitenta e cinco mil, setecentos e dois reais e noventa e três centavos), em decorrência do dano consignado no item II, letra “a”, deste Voto, conforme demonstrativo (fl. 25.928);

IV – Condenar, com fulcro no art. 19 da Lei Complementar nº 154/1996, solidariamente, os senhores Gilvan Ramos de Almeida (CPF nº ***.461.102-**, Thiago Leite Flores Pereira (CPF nº ***.339.338-**), as senhoras Maria da Ajuda Onofre dos Santos (CPF nº ***.377.892-**), Joice Vieira de Carvalho, (CPF nº ***.931.872-**), bem como a sociedade empresarial L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli (CNPJ nº 07.605.701/0001-01), , à obrigação de restituir ao erário estadual o valor histórico de R\$ 616.254,98 (seiscentos e dezesseis mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e noventa e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

oito centavos), o qual, ao ser corrigido monetariamente e acrescido de juros a partir da data do desembolso ilegal (maio de 2013), corresponde ao montante atual de R\$ 1.509.221,65 (um milhão, quinhentos e nove mil, duzentos e vinte e um reais e sessenta e cinco centavos), em decorrência do dano consignado no item II, letra “b”, deste Voto, já descontado o valor da retenção de R\$ 822.309,64, conforme demonstrativo (fl. 25.932);

(...)

VII – Aplicar multa individual aos senhores Gilvan Ramos de Almeida (CPF nº ***.461.102-**), Thiago Leite Flores Pereira (CPF nº ***.339.338-**), às senhoras Maria da Ajuda Onofre dos Santos (CPF nº ***.377.892-**), e Joice Vieira de Carvalho, (CPF nº ***.931.872-**), com fulcro no art. 54 da LC nº 154/96, no percentual de 2% (dois por cento) do valor atualizado (R\$ 2.734.687,39) do débito imputado (sem a incidência dos juros de mora), totalizando o importe de R\$ 54.693,75 (cinquenta e quatro mil, seiscentos e noventa e três reais e setenta e cinco centavos), em razão da irregularidade danosa apontada no item II, letra “a”;

VIII – Aplicar multa individual aos senhores Gilvan Ramos de Almeida (CPF nº ***.461.102-**), Thiago Leite Flores Pereira (CPF nº ***.339.338-**), às senhoras Maria da Ajuda Onofre dos Santos (CPF nº ***.377.892-**), e Joice Vieira de Carvalho, (CPF nº ***.931.872-**), com fulcro no art. 54 da LC nº 154/96, no percentual de 2% (dois por cento) do valor atualizado (R\$ 2.013.186,04) do débito imputado (sem a incidência dos juros de mora), totalizando o importe de R\$ 40.263,72 (quarenta mil, duzentos e sessenta e três reais e setenta e dois centavos), em razão da irregularidade danosa apontada no item II, letra “b”;

(...)

XI – Fixar o prazo de quinze dias, contados da notificação dos responsáveis, para o recolhimento dos débitos aos cofres do tesouro estadual e das multas ao Fundo de Desenvolvimento Institucional do Tribunal de Contas (conta corrente nº 8358-5, agência nº 2757-X do Banco do Brasil), com fulcro no artigo 25 da Lei Complementar nº 154/96 e no artigo 31, III, “a”, do Regimento Interno; XII – Autorizar, acaso não sejam recolhidos os débitos e as multas mencionadas, a formalização dos respectivos títulos executivos e as cobranças administrativa e judicial, em conformidade com o art. 27, II, da Lei Complementar nº 154/96 c/c o art. 36, II, do Regimento Interno, sendo que no débito incidirão a correção monetária e os juros de mora (art. 19 da Lei Complementar nº 154/96) a partir do fato ilícito (junho de 2011) e na multa, apenas a correção monetária a partir do vencimento (artigo 56 da Lei Complementar nº 154/96);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

3. Inicialmente, Gilvan Ramos de Almeida opôs Embargos de Declaração em face do acórdão recorrido, os quais não foram providos, conforme Acórdão AC2-TC 00202/2021, proferido no Processo n. 2960/2020, haja vista não ter sido identificada a existência de contradição, obscuridade ou omissão.
4. Ainda inconformado com o Acórdão AC2-TC 00603/2020, foi interposto o presente recurso, com argumentação acerca dos seguintes tópicos:
5. *a) das providências adotadas pelo demandado para a verificação dos preços do contrato n. 073/PGE2012*
6. Primeiramente, justificou o recorrente que determinou à Gerência de Controle Interno (GCI) que conferisse os preços da alimentação geral e enteral, com a finalidade de verificar se existia sobrepreço, em atenção ao quanto determinado na Decisão n. 120/2012-GCPCN. Segundo consta, não foi identificado sobrepreço na alimentação geral. Porém, quanto à enteral, foram necessárias outras diligências, o que motivou a retenção de 30% dos valores a serem pagos à contratada relativamente a este tipo de alimento, visando resguardar o erário.
7. Acrescentou, ainda, ter sido promovido novo levantamento dos preços durante a gestão de William Pimentel, não sendo encontrado sobrepreço, o que motivou a suspensão da retenção dos valores.
8. *b) da formalização do processo*
9. No ponto, o recorrente descreveu o contexto da contratação emergencial, indicando que ela se deu porque, a teor do arguido pela Maria da Ajuda, Gerente de Administração (GAD), o processo regular de licitação, na modalidade de pregão (autos administrativos n. 550-2012), não estava concluso, uma vez que haviam pendências.
10. *c) do cumprimento da decisão n. 120/2012/GCPCN - ITEM III - do TCERO*
11. Nesse particular, o interessado reafirmou ter adotado as medidas administrativas necessárias para a apuração do sobrepreço sobre os itens da dieta enteral, com a retenção de 30% das quantias a serem pagas à contratada, ao passo que não era possível fazer os levantamentos, em prazo exíguo, do sobrepreço relativamente a este tipo de alimento.
12. *d) do mérito*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

13. O recorrente justificou a necessidade de dar relevância a todos os fatos suscitados, como uma maneira de se buscar a verdade real.

14. Nessa linha, indicou não ser perito na identificação das minúcias da composição de planilha de custos, exemplificando a complexidade no que se refere aos valores da alimentação enteral, sobre o que se exige conhecimentos específicos para o adequado exame, e que os técnicos deste Tribunal também tiveram dificuldades em realizar tais levantamentos.

15. Por essas bases, arguiu que, se houve sobrepreço, tal fato não decorreu de culpa ou dolo de sua parte, pois procedeu às apurações na forma determinada na Decisão n. 120/2012-GCPCN, com a retenção de valores.

16. Em arremate, expressou que os procedimentos de licitação e cotação de preços caberiam à comissão responsável.

17. *e) das provas que os preços contratados correspondiam aos valores de mercado, no ano de 2012*

18. Segundo o recorrente, a primeira prova de que não houve dano ao erário decorre do comparativo feito com o Contrato n. 049/PGM/2012, relativo às refeições fornecidas para o Hospital Mãe e Esperança de Porto Velho. Nesse viés, após cotejar e comparar as planilhas do mencionado contrato, incluindo-se os valores de mão de obra, concluiu que não houve sobrepreço na contratação questionada.

19. A segunda prova de que não existiu dano ao erário, de acordo com o recorrente, decorre do disposto na DM/GCPCN n. 0346/2017-GCPCN, de 18.12.2017 (Processo n. 02794/2015-TCERO), em que houve o exame do Contrato n. 121/PGE/2006, entendendo este Tribunal de Contas ser razoável a “[...] atualização e/ou realinhamento de preços ocorrido em 1.4.2010, com efeitos retroativos a 2008, através da Informação n. 204/ECAL/CGE/2010”. Assim, tendo por norte a metodologia em questão, o recorrente procurou demonstrar que, atualizados os valores, a partir de 2008 até 2012, pelo IPCA, não existiria sobrepreço no Contrato n. 073/PGE-2012.

20. A terceira prova da ausência de lesão ao erário, na ótica do recorrente, decorreria dos valores constantes do Acórdão AC1-TC 00782/2016 da Colenda 1ª Câmara (Processo n.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

01805/2015-TCERO), sobre os quais, aplicada a metodologia de deflação (novembro de 2016 a novembro de 2012), também com base no IPCA, se obteriam preços compatíveis aos praticados no mercado, não existindo sobrepreço no Contrato n. 073/PGE-2012.

21. A quarta prova de inexistência de dano ao erário, na visão do recorrente, seriam os preços constatados pela Controladoria Geral da União (CGU), nas Auditorias n.s 250106/2011 e 250057/2012, pois compatíveis aos praticados no Contrato n. 073/PGE-2012.

22. A quinta prova de que não ocorreu lesão ao erário, na perspectiva do recorrente, seriam os preços praticados pela Unidade de Pronto Atendimento (UPAS) de Porto Velho/RO, com almoço e jantar, inclusive com valores superiores aos praticados no Contrato n. 073/PGE-2012.

23. A sexta prova, em igual sentido, seriam os preços constantes do Caderno Técnico de Serviços Terceirizados do Estado de São Paulo (CADTERC/SP), no ano 2018, objeto de Termo de Cooperação Técnica entre os Estados de São Paulo e Rondônia, para utilização da metodologia, deflacionados para o mês de abril de 2012, também a revelar valores compatíveis aos praticados no Contrato n. 073/PGE-2012.

24. *f) Outros julgados pela Corte de Contas*

25. Nas palavras do recorrente, na senda do Acórdão AC1 TC 01253/2018 (Processo n. 00652/2012-TCERO), se o preço de pregão eletrônico posterior não pode ser utilizado como parâmetro para preços anteriores (em contratação emergencial), o Corpo Técnico deste Tribunal não poderia ter usado, unicamente, os valores praticados em pregões posteriores para indicar o sobrepreço no Contrato n. 073/PGE-2012, uma vez que tal prática diverge do entendimento em voga.

26. Com isso, o recorrente justificou que “[...] em coerência com o decidido no Processo n. 00676/2015-TCERO – Acórdão AC2-TC 00870/2018, o valor do dano referente à dieta enteral deve ser calculado com base no preço de aquisição dos insumos e posterior repasse ao Estado”, pois, desse modo, o valor do dano seria menor do que o indicado.

27. Ademais, para o recorrente, os preços praticados no Pregão Eletrônico n. 350/2012 (anulado) não poderiam ser utilizados pelo Corpo Técnico como parâmetro para definir



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

os valores de sobrepreço. Veja-se: “[...] o preço de mão de obra de R\$ 1,02, utilizado como preço único pelo Tribunal de Contas na composição de custos, jamais poderia ter servido de base para aferição de possível sobrepreço e/ou superfaturamento, visto que inexiste no mundo jurídico”, devendo-se aplicar ao caso o instituto do *in dubio pro réu*.

28. Nas razões recursais, o recorrente também se utilizou dos valores praticados, em 2008, no Contrato n. 121/PGE/2006, o qual atualizado para 2012 não refletiria sobrepreço no Contrato n. 073/PGE-2012.

29. Em arremate, o recorrente discorreu sobre a fragilidade das fontes (parâmetros de preços) que subsidiaram o julgado recorrido, destacando-se que: “para chegar ao verdadeiro custo dos insumos é necessário o cotejamento e computar o peso de fretes e tributos, em especial o ICMS, que diga-se de passagem não foi computado no relatório técnico”.

30. Ao final, o recorrente apresentou os seguintes pedidos:

[...] IV. Do pedido.

Ante o exposto, requer-se a Vossa Excelência o acolhimento destas razões e o provimento do recurso, para reformar o v. Acórdão fustigado e afastar o sobrepreço na execução do Contrato nº 073/PGE-2012.

De outro norte, caso não for esse o entendimento de Vossa Excelências requer-se a exclusão desse Demandado por inexigibilidade de conduta com o julgamento das contas regulares com ressalvas.

Requer-se, também, a exclusão de multas imposta ou, ainda, que seja mitigada para o valor fixo de R\$ 3.000,00 (três mil reais), em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. [...]. (Sic.).

31. A teor da Certidão (fls. 208, ID 1068578), lavrada em 14.7.2021, atestou-se a tempestividade deste recurso, pois interposto em 12.7.2021.

32. O Conselheiro Benedito Antônio Alves, em juízo de admissibilidade, por meio da Decisão Monocrática n. 0112/2021-GCBAA (Documento ID 1075917), conheceu do presente feito, encaminhando os autos ao Ministério Público de Contas (MPC).

33. O MPC, na forma do Parecer n. 0194/2021-GPGMPC, de 14.10.2021 (Documento ID 1112023), da lavra do d. Procurador-Geral, Adilson Moreira de Medeiros, opinou pelo conhecimento do presente recurso, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade; e, no mérito, pelo parcial provimento, mantendo-se inalterados os demais termos do acórdão combatido. Veja-se:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

Parecer n. 0194/2021-GPGMPC

[...] manifesta-se o Ministério Público de Contas pelo **conhecimento** do presente recurso, pois preenchidos os requisitos exigidos para a espécie e, no mérito, pelo seu **parcial provimento**, para efeito de afastar o dano ao erário imputado ao recorrente referente à **dieta geral**, aproveitando tal provimento parcial aos demais responsáveis solidários, em razão de que, no entender deste órgão ministerial, não há nos autos elementos que indiquem, de maneira clara e inequívoca, o referido prejuízo, afastando-se, por consequência, a multa a eles aplicada com base no art. 54 da Lei Orgânica desse Tribunal de Contas, mantendo-se inalterados os demais termos do acórdão recorrido.

É como opino. [...]. (Grifos no original).

34. Em seguida, nos termos do despacho e da certidão (Documentos IDs 1123127 e 1123195), o eminente Conselheiro Benedito Antônio Alves firmou impedimento para o exame deste processo, com fulcro no art. 144, IV, do Código de Processo Civil (CPC) c/c art. 146 do Regimento Interno desta Corte de Contas.¹

35. Efetivada nova distribuição, o eminente Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra, segundo o disposto no despacho (Documento ID 1152478), destacou a impossibilidade da apreciação da matéria pela Colenda 2ª Câmara (onde foi proferido o acórdão combatido), concluindo que este recurso deve ser examinado por câmara diversa, na forma do que determina o art. 122, IX, do Regimento Interno² c/c art. 63, § 2º, da Lei Complementar n. 154/96.

36. Nesse cenário, os autos foram redistribuídos ao e. Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello, integrante da c. 1ª Câmara. Porém, este se declarou suspeito para apreciar a matéria, conforme atestam o despacho e a certidão (Documentos IDs 1154846 e 1155264).

37. O recurso foi redistribuído a esta relatoria (Documento ID 1155265). E, de pronto, tendo em vista a necessidade de apurar o período exato da vigência da contratação original,

¹ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 18 out. 2022.

² Art. 122. Compete às Câmaras: [...] IX - julgar os pedidos de reexame e recursos de reconsideração interpostos às decisões de Câmara diversa. RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Regimento Interno** (Resolução Administrativa n. 005/TCER-96). Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/tribunal/legislacao/arquivos/RegInterno-5-1996.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2022.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

de modo a quantificar corretamente os valores do dano ao erário, diante da possibilidade do provimento parcial do presente feito, por meio do Despacho n. 0032/2022-GCVCS/TCERO, de 18.2.2022 (Documento ID 1161444), determinou-se o retorno dos autos ao Corpo Técnico para que procedesse ao exame especificadamente deste ponto.

38. Para além do determinado no referido despacho, por meio do relatório técnico juntado ao PCE em 20.5.2022 (Documento ID 1205179), o Corpo Técnico concluiu pelo total provimento do presente recurso, especificadamente em relação ao recorrente, pois não vislumbrou sua omissão, indicando que o dano (exclusivamente nos itens da dieta enteral) decorreu de sobrepreço sobre o que o recorrente não teve participação ativa, pois a atribuição de aferir os valores com os parâmetros de mercado era da comissão designada para tal finalidade. Assim, não vislumbrou nexo de causalidade entre a ação ou omissão do recorrente e o potencial resultado ilícito; e, no mais, considerou que o recorrente adotou as providências para o atendimento ao determinado por este Tribunal, nos termos da Decisão n. 120/2012/GCPCN.

39. Ainda, de maneira subsidiária – acaso a sua proposição não seja acolhida – a Unidade Técnica pugnou pela exclusão dos débitos e das penas de multas relacionados às imputações sobre os itens da dieta geral, uma vez que os parâmetros utilizados para o comparativo de preços foram equivocados, uma vez que baseados em dados de certames licitatórios deflagrados, após o Contrato n. 073/PGE-2012, sendo esta uma prática vedada conforme o entendimento lançado no Acórdão AC1-TC 01253/2018-TCERO, Processo n. 00652/2012-TCERO. E, nesta última análise, sugeriu não acolher os argumentos recursais de modo a manter os danos afetos ao sobrepreço sobre os itens da dieta enteral, com o ajuste nos valores do dano, segundo o demonstrado no relatório juntado ao Processo n. 01531/2021-TCERO.

40. Com fulcro no referido exame, o Corpo Técnico concluiu e propôs o seguinte:

[...] 4. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

66. Pelo exposto, opina-se pelo conhecimento e provimento total do recurso, de modo que o Acórdão AC2-TC 00603/20 seja reformado no que toca ao Senhor Gilvan Ramos de Almeida para afastar sua responsabilidade pelo superfaturamento ali apontado, de modo que suas contas sejam julgadas regulares e receba quitação integral, nos termos do art. 16, I e art. 17 da Lei Complementar n. 154/96.

67. Discordando o relator, pugna-se pela reforma do acórdão guerreado para afastamento



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

do dano relacionado ao superfaturamento da dieta geral (itens II, “a” e “c”, III, V) e multas decorrentes dessa situação, do que se aproveitam todos os demais responsáveis. [...]. (Sic.).

41. Em nova manifestação, a teor do Parecer n. 133/2022-GPGMPC, de 19.8.2022 (Documento ID 1249856), da lavra do d. Procurador-Geral, Adilson Moreira de Medeiros, o MPC divergiu da primeira proposição da Unidade Técnica e ratificou o entendimento lançado no Parecer n. 0194/2021-GPGMPC, isto é, pelo provimento parcial deste recurso, mantendo-se a responsabilidade do recorrente no que tange ao sobrepreço sobre os itens da dieta enteral; e, em arremate, reafirmou a proposição quanto à exclusão do dano relativo à dieta geral, opinando-se por manter inalterados os demais termos do acórdão combatido. Veja-se:

Parecer n. 0133/2022-GPGMPC

[...] Ante o exposto, divergindo da proposição principal do corpo técnico, o Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de ratificar integralmente o Parecer n. 194/2021/GPGMPC, lançado anteriormente nos presentes, ao qual se acrescentam as presentes razões de opinar, a fim de que se conheça do recurso, preliminarmente, por atendidos os requisitos de admissibilidade, para, no mérito, julgá-lo parcialmente procedente, para efeito de afastar o dano ao erário imputado ao recorrente na a letra a do Item II do Acórdão AC2-TC 00603/20, com as respectivas implicações, mantendo-se inalteradas as demais disposições fixadas nesse *decisum*.

É como opino. [...]. (Sic.).

42. O feito foi levado a julgamento na 15ª Sessão Virtual da Colenda 1ª Câmara, de 21 a 25 de novembro de 2022, tendo o relator apresentado voto no sentido de conhecer do recurso de reconsideração e conceder parcial provimento, com extensão de efeitos a Thiago Leite Flores Pereira, Maria da Ajuda Onofre dos Santos e Joice Vieira de Carvalho, bem como à empresa L&L Indústria e Comércio de Alimentos Eireli.

43. Assim constou o dispositivo do voto:

Posto isso, convergindo com os opinativos do *Parquet* de Contas, bem como divergindo da primeira conclusão da Unidade Técnica, apresenta-se a esta Colenda 1ª Câmara, nos termos do art. 122, IX, do Regimento Interno,³ a seguinte proposta de **decisão**:

³ Art. 122. Compete às Câmaras: [...] IX - julgar os pedidos de reexame e recursos de reconsideração interpostos às decisões de Câmara diversa. RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Regimento Interno**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

I – Conhecer o Recurso de Reconsideração – interposto pelo Senhor **Gilvan Ramos de Almeida** (CPF: ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12, em face do Acórdão AC2-TC 00603/20, Processo n. 03041/13-TCE/RO – por preencher os pressupostos legais de admissibilidade, na forma dos artigos 31, I, e 32 da Lei Complementar n. 154/96 c/c artigos 89, I, e 93 do Regimento Interno;

II – Conceder parcial provimento ao Recurso de Reconsideração, interposto pelo Senhor **Gilvan Ramos de Almeida** (CPF: ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12, para – com extensão de efeitos aos (as) Senhoras (as): **Thiago Leite Flores Pereira** (CPF: ***.339.338-**), Presidente da Comissão Especial de Recebimento, Análise e Julgamento das Cotações de Preço (Portaria n. 2199/GAB/SESAU/2011); **Maria da Ajuda Onofre dos Santos** (CPF: ***.377.892-**), e **Joice Vieira de Carvalho** (CPF: ***.931.872-**), bem como à empresa **L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli** (CNPJ n. 07.605.701/0001-01), com fulcro no art. 99-A da Lei Complementar n. 154/96 c/c art. 1005 do Código de Processo Civil;

III – Determinar a exclusão dos itens II, “a” e “c”; III; V; VII e X, “a” e “c”, do Acórdão AC2-TC 00603/20, diante da ausência de elementos probatórios que indiquem, de maneira clara e inequívoca, o prejuízo ao erário, ao passo que os parâmetros comparativos de preços para os insumos da **Dieta Geral**, extraídos dos atos (Pregão n. 018/2012, deflagrado pelo Município de Porto Velho, e Pregões Eletrônicos n. 287 e 712/13, conduzidos pela Superintendência Estadual de Licitações), são posteriores e baseados em modalidade diversa da contratação emergencial de que decorreu o Contrato n. 073/PGE-2012, portanto, não servindo para apontar sobrepreço;

IV – Determinar a retificação dos valores do dano e das multas proporcionais, dispostos nos itens II, “b”; IV; VIII; e X, “b”, do Acórdão AC2-TC 00603/20, com as devidas atualizações, uma vez que o sobrepreço sobre os insumos da Dieta Enteral deve se restringir ao período de vigência original do Contrato n. 073/PGE-2012, compreendido entre abril e setembro de 2012. Assim, o acórdão combatido passará a vigor com a seguinte redação:

a) Item II, “b”, do Acórdão AC2-TC 00603/20: de responsabilidade dos (as) Senhores (as): **Gilvan Ramos de Almeida** (CPF: ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12; **Thiago Leite Flores Pereira** (CPF: ***.339.338-**), Presidente da Comissão de Licitação; **Maria da Ajuda Onofre dos Santos** (CPF: ***.377.892-**), Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/SESAU; **Joice Vieira de Carvalho** (CPF: ***.931.872-**), Membro da Comissão Especial de Recebimento; e da empresa **L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli** (CNPJ 07.605.701/0001-01), pela grave ofensa aos princípios da legalidade e da eficiência, insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), bem como ao disposto nos artigos 15, V, e 26, II e III, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/93, por terem concorrido para a consumação de sobrepreço nos itens da Dieta Enteral, objeto do Contrato n. 073/2012-PGE, que acarretou o dano ao erário no montante de **R\$224.042,22 (duzentos e vinte e quatro mil quarenta e dois reais e vinte e dois centavos)**;

b) Item IV do Acórdão AC2-TC 00603/20: condenar, com fulcro no art. 19 da Lei Complementar n. 154/1996, solidariamente, os (as) Senhores (as): **Gilvan Ramos de Almeida** (CPF: ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12; **Thiago Leite Flores Pereira** (CPF: ***.339.338-**), Presidente da Comissão de Licitação; **Maria da Ajuda Onofre dos Santos** (CPF: ***.377.892-**), Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/SESAU; **Joice Vieira de Carvalho** (CPF: ***.931.872-**), Membro da Comissão Especial de Recebimento; e a empresa **L**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

& L Industria e Comércio de Alimentos Eireli (CNPJ 07.605.701/0001-01), à obrigação de restituir ao erário estadual o valor histórico de **R\$224.042,22 (duzentos e vinte e quatro mil quarenta e dois reais e vinte e dois centavos)**, o qual, ao ser corrigido de maio de 2013 até outubro de 2022, pelo sistema de atualização de débitos deste Tribunal, corresponde ao valor monetário de **R\$412.266,20 (quatrocentos e doze mil reais duzentos e sessenta e seis reais e vinte centavos)**; e, acrescido de juros, o montante de R\$852.442,82 (oitocentos e cinquenta e dois mil quatrocentos e quarenta e dois reais e oitenta e dois centavos), em decorrência do dano consignado no item II, letra “b”, desta decisão, já descontado o valor da retenção de R\$822.309,64, conforme demonstrativo (fl. 25.932);

c) Item VIII do Acórdão AC2-TC 00603/20: aplicar multa ao Senhor **Gilvan Ramos de Almeida** (CPF: ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12, no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado do débito imputado (R\$ 412.266,20), conforme descrito no Acórdão AC2-TC 00200/21, Processo n. 02938/20-TCE/RO, totalizando a importância de **R\$8.245,32 (oito mil duzentos e quarenta e cinco reais e trinta e dois centavos)**, em razão da irregularidade danosa apontada no item II, letra “b”;

d) Item VIII.a⁴ do Acórdão AC2-TC 00603/20: aplicar multa individual aos (as) Senhores (as): **Thiago Leite Flores Pereira** (CPF: ***.339.338-**), Presidente da Comissão de Licitação; **Maria da Ajuda Onofre dos Santos** (CPF: ***.377.892-**), Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/SESAU; e **Joice Vieira de Carvalho** (CPF: ***.931.872-**), Membro da Comissão Especial de Recebimento, com fulcro no art. 54 da Lei Complementar n. 154/96, no percentual de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado do débito imputado (R\$ 412.266,20), conforme estabelecido no Acórdão AC2-TC 00200/21, Processo n. 02938/20-TCE/RO, totalizando a importância de **R\$4.122,66 (quatro mil cento e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos)**, em razão da irregularidade danosa apontada no item II, letra “b”;

e) Item X, “b”, do Acórdão AC2-TC 00603/20: aplicar as seguintes sanções pecuniárias à sociedade empresária **L & L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.** (CNPJ: 07.605.701/0001-01): **multa** com fulcro no art. 54 da Lei Complementar n. 154/96, no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado do débito imputado (R\$ 412.266,20), totalizando a importância de **R\$20.613,31 (vinte mil seiscentos e treze reais e trinta e um centavos)**, em razão da irregularidade danosa apontada no item II, letra “b”;

V – Manter inalterados os demais termos do Acórdão AC2-TC 00603/20;

VI – Intimar do inteiro teor desta decisão o recorrente, Senhor **Gilvan Ramos de Almeida** (CPF: ***.461.102-**), Secretário de Estado da Saúde, no período de 14.2.12 a 21.11.12, e os (as) Senhores (as): **Thiago Leite Flores Pereira** (CPF: ***.339.338-**), Presidente da Comissão Especial de Recebimento, Análise e Julgamento das Cotações de Preço (Portaria n. 2199/GAB/SESAU/2011); **Maria da Ajuda Onofre dos Santos** (CPF: ***.377.892-**), Secretária da CPL e Gerente Administrativa GAD/SESAU; **Joice Vieira de Carvalho** (CPF: ***.931.872-**), Membro da Comissão Especial de Recebimento; e a empresa **L & L Industria e Comércio de Alimentos Eireli** (CNPJ 07.605.701/0001-01), bem como o escritório **Fabris & Gurjão Sociedade OAB/RO 005/2014**, além dos (as) Advogados (as) **Felipe Gurjão**, OAB/RO 5320, e **Renata Fabris Pinto Gurjão**, OAB/RO 3126, com a publicação no Diário Oficial eletrônico deste Tribunal de Contas – D.O.e-TCE/RO, cuja data deve ser observada como marco inicial para possível interposição de recursos, com supedâneo no artigo 22, IV, c/c artigo 29, IV, da Lei Complementar n. 154/96, informando da disponibilidade do inteiro teor no sítio: www.tcerro.tc.br, menu: consulta processual, link PCe, apondo-se o número deste

⁴ **Obs.** A subdivisão do item (VIII.a) foi estabelecida no Acórdão AC2-TC 00200/21, Processo n. 02938/20-TCE/RO.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

Processo e o código eletrônico gerado pelo sistema;

VII – Após a adoção das medidas administrativas e legais cabíveis, **arquivem-se** estes autos. (grifos no original)

44. Naquela oportunidade, pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria e formar meu convencimento, mormente por vislumbrar eventual semelhança com os fundamentos de direito sustentados em recente julgamento proferido no Processo n. 302/2022 (Recurso de Revisão), do qual foi relator para o acórdão.

45. Dessa forma, o pedido de vista se justifica pelo dever de prestígio ao sistema de precedentes, a fim de manter forte, coerente e íntegra à jurisprudência desta Corte, pelo que entendo necessária um estudo mais profundo do caso concreto, a fim de me convencer sobre eventual distinção do entendimento sustentado quando do julgamento do precedente em referência.

46. Feito o relato dos autos, passo a proferir o voto.

VOTO-VISTA CONSELHEIRO EDILSON DE SOUSA SILVA

47. Conforme relatado, durante a 15ª Sessão Virtual da 1ª Câmara, realizada de 21 a 25 de novembro de 2022, pedi vista deste processo, a fim de que fosse possível um estudo mais profundo do caso concreto, em atenção ao entendimento defendido no Processo n. 302/2022, de minha relatoria.

48. Naqueles autos, este Tribunal de Contas proferiu o Acórdão APL-TC 00225/2022, por meio do qual conheceu do Recurso de Revisão interposto por Thiago Leite Flores Pereira, em face do Acórdão AC2-TC 00140/2018, proferido no Processo n. 3511/2016, o qual tratou de Tomada de Contas Especial que teve como objeto a fiscalização do Contrato n. 103/PGE/2011.

49. No mérito, o Tribunal Pleno decidiu por dar provimento ao Recurso de Revisão, determinando a exclusão da responsabilidade de Thiago Leite Flores Pereira, imputada nos itens III, “b”, VI e IX do Acórdão AC2-TC 00140/2018, de modo a julgar regulares suas contas, nos termos do artigo 16, inciso I, da Lei Complementar nº 154/96, concedendo-lhe quitação, na forma do artigo 17, da Lei Complementar nº 154/96, pois, nada obstante a existência de nexo causal entre



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

os atos praticados por ele e os potenciais resultados ilícitos danosos, não restou comprovado nos autos o dolo ou o erro grosseiro por parte do recorrente daquele processo, diante da caracterização, no caso concreto, de inexigibilidade de conduta diversa.

50. Restou acolhida a tese de inexigibilidade de conduta diversa, em que pese ter sido efetivamente demonstrado o nexo causal entre a conduta do recorrente (Thiago Flores) e o dano. Assim, ausente o elemento subjetivo necessário à responsabilização, afastou-se a irregularidade, determinando-se a reforma da decisão recorrida, como medida de justiça.

51. Relativamente ao recurso ora em julgamento, constata-se que a unidade técnica, no Relatório ID 1205179, indicou a necessidade de acolhimento da tese recursal segundo a qual a culpabilidade do recorrente deve ser analisada sob o prisma da inexigibilidade de conduta diversa.

52. Assim, dada a coincidência das teses defensivas, e com o intuito de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, passo à análise do feito.

53. O Processo de Tomada de Contas Especial n. 3041/2013 teve como intuito apurar a possível ocorrência de dano ao erário decorrente da prática de sobrepreço na contratação dos serviços de fornecimento de refeições preparadas (dietas gerais e especiais), objeto do Contrato n. 073/PGE/2012, celebrado em caráter emergencial, entre o Poder Executivo Estadual, por intermédio da SESA, e a sociedade empresária L&L Indústria e Comércio de Alimentos, para atender o Hospital de Base Ary Pinheiro, o Hospital e Pronto Socorro João Paulo II, o Centro de Medicina Tropical de Rondônia e o Hospital Regional de Cacoal.

54. Após a competente instrução do feito, e proferido o Acórdão AC2-TC 00603/2020, recorrente (Gilvan Ramos de Almeida) teve suas contas especiais julgadas irregulares pelos seguintes fatos: (a) ter concorrido para a consumação do sobrepreço dos itens da dieta geral, objeto do Contrato n. 073/2012-PGE, que acarretou dano ao erário no montante de R\$ 1.954.128,65; (b) ter concorrido para a consumação do sobrepreço dos itens da dieta enteral, objeto do Contrato n. 073/2012-PGE, que acarretou dano ao erário no montante de R\$ 1.438.564,62.

55. Em vista de tais irregularidades, o recorrente foi condenado a restituir o erário, e ao pagamento da pena de multa, conforme itens VII e VIII do Acórdão AC2-TC 00603/2020.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

56. Constatase que recorrente opôs embargos de declaração em face do referido acórdão (Processo n. 02960/2020), os quais, conforme Acórdão AC2-TC 00202/2021 foram conhecidos e, no mérito, negou-se provimento, por inexistência de omissão, contradição e obscuridade.

57. Irresignado com o resultado do julgamento proferido no referido acórdão, o recorrente manejou o presente recurso de reconsideração, por meio do qual alegou, inicialmente, ter adotado providências para verificação dos preços do Contrato n. 073/PGE/2012, a fim de dar cumprimento à Decisão n. 120/2012-GCPCN.

58. No mérito, argumentou que, se houve sobrepreço no contrato firmado, não foi por culpa ou dolo do recorrente, visto que imediatamente após ter conhecimento da decisão 120/2012, determinou que a Gerência de Controle Interno levantasse os custos dos insumos da alimentação enteral e alimentação geral fornecida à SESAU.

59. Aduziu, ainda, que a expectativa era que de que o prazo da contratação emergencial não seria superior a 3 meses. Apesar disso, mesmo com os esforços da Gerência Administrativa da SESAU, não foi possível finalizar o processo licitatório na modalidade pregão pela rede mundial de computadores.

60. Além de tais justificativas, foram apresentados diversos comparativos de preços, com o intuito de demonstrar a inexistência de sobrepreços na contratação promovida. Ademais, destacou-se a decisão proferida no Processo n. 0652/2012, na qual esta Corte de Contas entendeu não ser possível utilizar valores de pregão eletrônico posterior para comparar preço anterior (emergencial).

61. Neste sentido, destacou que os únicos preços utilizados como parâmetro utilizado pelo Corpo Técnico, para imputação de sobrepreço do Contrato n. 073/PGE-2012, são relativos a pregões posteriores ao emergencial, o que diverge do entendimento desse Tribunal.

62. Tanto o Corpo Técnico quanto o Ministério Público de Contas convergiram acerca da necessidade de afastamento da responsabilidade relativa ao sobrepreço na dieta geral, não pela negativa de sua ocorrência, mas tendo em vista os parâmetros utilizados para se chegar à



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

conclusão do sobrepreço, eis que as contratações se deram em momento e modalidade diferentes da contratação emergencial.

63. A unidade técnica se convenceu, ademais, pela inexistência de nexo de causalidade entre ação ou omissão do recorrente, pois *“antes de proceder à contratação não houve apontamento relacionado à imprestabilidade da pesquisa de preços efetivada pelos servidores da Sesau, tendo o gestor impulsionado o processo administrativo a partir da presunção de higidez dos atos praticados pela sua assessoria técnica, que sequer foi questionada por sua assessoria jurídica”*.

64. Restou consignado, no Relatório ID 1205179, que *“as cotações só foram colocadas em xeque a partir da Decisão n. 120/2012/GCPCN, contudo, o gestor adotou providencias para que fossem empreendidas medidas voltadas ao atendimento do que lhe fora determinado por esta Corte”*.

65. Assim, concluiu a Coordenadoria Especializada em Tomada de Contas Especial que *“merece acolhimento a tese recursal segundo a qual a culpabilidade do recorrente deve ser analisada sob o prisma da inexigibilidade de conduta diversa”*.

66. Segundo consta, os pareceres da CGE não serviram para orientar a contratação, mas apenas o pagamento. A manifestação da PGE, de igual modo, não teria feito qualquer ressalva em relação às cotações, não havendo ponderação acerca de eventual falta de higidez das cotações existentes, razão pela qual não se vislumbram razões para que o recorrente determinasse a realização de novas cotações naquele momento.

67. Em seu voto, o eminente relator dissentiu da conclusão a que chegou a unidade técnica, tendo consignado que o nexo causal entre a conduta negligente do recorrente e o resultado ilícito decorre de um conjunto de condutas omissas que acabaram por dar ensejo ao dano em face do sobrepreço sobre os itens da dieta enteral.

68. No ponto, foi feita referência a trechos do acórdão recorrido, segundo o qual, o recorrente, ao encaminhar o processo licitatório para a Procuradoria Geral do Estado, informou em sua justificativa que *“o prestador foi escolhido em razão do preço após cotações realizadas pela*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

SESAU”. Ocorre que, conforme apurado, tais cotações restaram infrutíferas, tendo a PGE alertado o recorrente para que fossem praticados preços compatíveis com os de mercado.

69. Neste sentido, asseverou o relator do processo originário que *“o Secretário Gilvan, apesar de não fazer parte da Comissão, deveria no mínimo ter diligenciado sobre os preços praticados antes de assinar o contrato, tendo em vista que não havia cotações prévias”*.

70. O relator do feito destacou, ainda, que *“não se pode querer responsabilizar, exclusivamente, os membros da Comissão Especial de Recebimento, Análise e Julgamento das Cotações de Preço, ao tempo em que houve o estabelecimento do nexo causal entre as condutas do recorrente e os resultados ilícitos”*.

71. Ainda, na linha da manifestação ministerial, em seu judicioso voto o eminente relator salienta que o recorrente, apesar de não poder conhecer as minúcias de todas as contratações, detinha ciência das irregularidades, pois alertado pelos órgãos de controle em diversas oportunidades. E, na qualidade de Secretário de Estado, tinha o ônus de provar a legalidade e a regularidade das despesas por ele ordenadas, nos termos do artigo 113 da Lei n. 8.666/1993.

72. Por fim, asseverou-se que a responsabilização, no âmbito dos Tribunais de Contas, não exige a comprovação de dolo e/ou má-fé, bastando que tenha agido com culpa, conforme entendimento pacífico do TCU.

73. Cinge-se a controvérsia, portanto, na possibilidade de afastar a responsabilidade do recorrente, nos moldes delineados pela unidade técnica, cuja conclusão foi no sentido de que não restou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva do recorrente e o dano ao erário identificado, especialmente pelo fato de não ter sido o recorrente alertado acerca dos indícios de irregularidades.

74. Antes de prosseguir, faz-se necessário o estudo dos requisitos para responsabilização, uma vez que a compreensão do tema é essencial para a conclusão acerca do provimento ou não do recurso interposto.

I – Da responsabilidade subjetiva do agente público



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

75. É certo que, no ordenamento jurídico brasileiro, exige-se a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a responsabilização dos agentes públicos pelos danos advindos de sua conduta, de maneira diferente do que ocorre com a responsabilidade civil do Estado, haja vista ser esta última de natureza objetiva.

76. Assim, na realização de seu mister constitucional, ao julgar as contas dos administradores públicos, as Cortes de Contas devem apurar a presença do elemento subjetivo, para fins de aplicação das penas cabíveis.

77. Primeiramente, tem-se o dolo como a vontade livre e consciente de atingir o resultado. A culpa, por outro lado, é caracterizada pela inobservância de um dever de cuidado objetivo imposto a todas as pessoas de razoável diligência, sendo, portanto, uma conduta desprovida das cautelas esperadas.

78. A identificação da culpa carrega elevado grau de subjetividade, haja vista a previsão legal em normas abertas, que demandam do julgador a complementação do texto da lei, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

79. Para tal aferição, utiliza-se como parâmetro a figura do homem médio, ou do “homem médio administrativo”, tido como diligente e cuidadoso. Nesse sentido, Sérgio Cavalieri⁵ ensina que:

“A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, não que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de *“bônus pater familiae”*, e que é, no fundo, o tipo de homem médio ou normal que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade”.

80. A culpa pode se manifestar, em sentido estrito, em negligência, imprudência e imperícia, conceitos lecionados por Pablo Stolze⁶ nos seguintes termos:

a) negligência — é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, por exemplo, quando o motorista causa grave acidente por não haver consertado a sua lanterna traseira, por desídia;

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001

⁶ Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil – v. 3 / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 20. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

b) imprudência — esta se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela. Caso do indivíduo que manda o seu filho menor alimentar um cão de guarda, expondo-o ao perigo;

c) imperícia — esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que acontece quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão ou quando o advogado deixa de interpor recurso que possibilitaria, segundo jurisprudência dominante, acolhimento da pretensão do seu cliente.

81. Para Rui Stoco⁷, consiste a negligência no descaso, na falta de cuidado ou de atenção, na indolência, quer dizer, na omissão quando do agente se exigia uma ação ou conduta positiva. Já a imprudência seria uma falta de cautela, o agir açodado ou precipitado, mediante uma conduta comissiva.

82. Ainda acerca da apuração do elemento subjetivo culpa, o Tribunal de Contas da União desenvolveu a denominada Matriz de Responsabilização, com a finalidade de verificar a responsabilidade pelos achados que constituam irregularidades.

83. Para tanto, após descrição do achado, deverão ser identificados: o responsável, o período de exercício, a conduta, o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado ilícito e, por fim, a culpabilidade.

84. Neste último item, busca o TCU avaliar a reprovabilidade da conduta, bem como a ocorrência de uma das três excludentes de culpabilidade estudadas pelo direito penal: inimputabilidade, potencial desconhecimento da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

85. Segundo a doutrina penalista, para dizer que alguém praticou uma conduta reprovável, é preciso que se possa exigir dessa pessoa, na situação em que ela se encontrava, uma conduta diversa. Vejamos a seguinte explicação acerca do tópico⁸:

Para dizer que alguém praticou uma conduta reprovável, é preciso que se possa exigir dessa pessoa, na situação em que ela se encontrava, uma conduta diversa. Reinhard Frank foi pioneiro na sistematização desse critério, inserindo-o dentro da culpabilidade. O autor estabeleceu como premissa fundamental a de que só se pode impor pena ao autor de um injusto (fato típico e antijurídico) quando se demonstrar ter sido seu comportamento reprovável. Para tanto, é necessário que dele se possa exigir conduta diversa, ou seja, que na situação em que o fato foi cometido, seja lícito concluir que o agente possuía uma

⁷ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 136

⁸ Direito Penal : Parte Geral / André Estefam, Victor Eduardo Rios Gonçalves ; coord. Pedro Lenza. – 11. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

alternativa válida de conduta. Se, por outro lado, verificar-se que as condições exteriores não lhe davam outra saída senão agir daquela maneira, seu ato não poderá ser tido como censurável. A ausência da censurabilidade acarreta a falta de culpabilidade e, desta forma, isenta-o de pena. Esse raciocínio funda-se no livre-arbítrio, isto é, na tese de que se deve punir alguém quando o ilícito resultou de uma livre opção; sem esta liberdade de escolha entre agir ou não agir criminosamente, não será justo aplicar a pena criminal.

86. Ademais, para fins de preenchimento da matriz de responsabilização elaborada pelo TCU, na análise da culpabilidade, formulam-se os seguintes questionamentos:

- a. Houve boa-fé do responsável?
- b. O responsável praticou o ato após prévia consulta a órgãos técnicos ou, de algum modo, respaldado em parecer técnico?
- c. É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara?
- d. Era razoável exigir do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam? Caso afirmativo, qual seria essa conduta?

87. Considerados os pressupostos narrados, far-se-á o estudo do caso concreto, de modo a aferir a presença dos elementos subjetivos necessários à responsabilização do recorrente: dolo ou culpa.

II – Da conduta do recorrente como Secretário de Estado de Saúde e da inexigibilidade de conduta diversa

88. Conforme Acórdão AC2-TC 00603/2020, recorrente, Secretário de Estado da Saúde à época dos fatos, teve sua conduta considerada, no mínimo, negligente, pelos seguintes argumentos: (a) informou, na justificativa encaminhada à Procuradoria Geral do Estado, que o prestador foi escolhido em razão do preço após cotações realizadas pela SESA, o que não condiz com a realidade; (b) deveria ter diligenciado sobre os preços praticados antes de assinar o contrato; (c) foi alertado pela Controladoria Geral do Estado para que determinasse a realização de cotações de preços; (d) foi alertado pelo Tribunal de Contas, conforme item II da Decisão n. 120/2012/GCPCN, uma vez que tomou conhecimento por meio do Ofício n. 124/GCPCN/2012, de 20.07.2012.

89. Acrescentou, ainda, o relator do feito originário, que os atos negligentes da Comissão e, especialmente, do recorrente, poderiam ser considerados até um dolo eventual, uma



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

vez que foram alertados pela CGE, PGE e por esta Corte de Contas, para que realizassem cotação de preços, de modo a verificar se os valores praticados eram condizentes com os de mercado.

90. De acordo com o conjunto probatório que instrui os Autos n. 3041/2013, nota-se que, em 23.02.2012, a Gerente Administrativa da SESAU, Maria da Ajuda Onofre dos Santos, encaminhou o Memorando n. 125/GAD/SESAU, para o então Secretário de Estado da Saúde, Gilvan Ramos de Almeida, ora recorrente, solicitando autorização para abertura de processo administrativo com o intuito de contratar, em caráter emergencial, empresa especializada na prestação de serviços de nutrição de alimentação hospitalar de forma contínua para atender as necessidades do CEMETRON, HBAP, HEPSJP-II e HRC, por um período de 06 meses.

91. Considerando a emergência para contratação dos serviços, e a opção pela contratação direta, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93, foi solicitada cotação de preços no mercado local, junto a cinco empresas que atuam no ramo de alimentação, a saber: Rodolfo Alexandre Porto -ME, Araúna Empreendimentos Ltda, L&L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, São Benedito Indústria Alimentícia Ltda e Rodrigues Célia Comércio Serviço e Representação Ltda.

92. Ocorre que apenas as empresas Araúna Empreendimentos Ltda e L&L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda apresentaram propostas. Além disso, a proposta da empresa Araúna abrangia tão somente o Lote IV.

93. Assim, conforme Ata Circunstanciada de abertura da cotação emergencial de contratação de empresa especializada na prestação de serviços de alimentação para atender as unidades de saúde, sagrou-se vencedora a empresa L&L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, por apresentar proposta com menor preço global em todos os lotes.

94. A tais providências seguiu-se o encaminhamento, à Procuradoria Geral do Estado, de “Justificativa para Contratação Direta”, por meio da qual o recorrente destacou a emergência da situação, face a ausência de contrato para o serviço de fornecimento de alimentação para atender as unidades de saúde do estado.

95. O recorrente justificou, ademais, que a contratação se daria apenas pelo período de três meses, tempo que seria necessário à conclusão do certame licitatório objeto de processo



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

administrativo já instaurado na SESAU, para seleção, mediante licitação, dos serviços de fornecimento de alimentação aos hospitais do estado.

96. Por fim, informou que o prestador de serviço foi escolhido em razão do preço, após cotações realizadas pela SESAU.

97. A Procuradoria Geral do Estado, por meio do Parecer n. 904/PGE/2012, reconheceu a presença dos pressupostos para aquisição direta, com base no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93, uma vez que os serviços de alimentação hospitalar não poderiam sofrer solução de continuidade.

98. Assim, foi firmado o Contrato n. 073/PGE-2012, em 30.03.2012, entre o estado de Rondônia, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde, e a empresa L&L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda, tendo como objeto o fornecimento de refeições preparadas, em caráter emergencial, para a rede estadual de saúde, com dietas gerais e especiais.

99. Nos termos da cláusula terceira do instrumento contratual, o fornecimento excepcional deveria ocorrer diariamente, não devendo ultrapassar o período de três meses. Apesar disso, dada a necessidade de manter a prestação dos serviços, realizou-se aditivo contratual, em 27.09.2012, ainda durante a gestão do recorrente, por período adicional de 90 dias.

100. No que toca ao mencionado aditivo, segundo consta do despacho de fls. 45/46 do ID 907411, a necessidade do aditamento decorreu da suspensão do pregão deflagrado no processo licitatório n. 01.1712.00550-00/2012, de 14.02.2012, em virtude de decisão proferida por esta Corte de Contas (Decisão n. 111/2012/GCPCN e Decisão n. 131/2012/GCPCN).

101. Ademais, considerando que após revogação da suspensão do certame pelo Tribunal de Contas, o pregão havia sido remarcado para 26.09.2012 e o contrato firmado com a empresa L&L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda findaria em 27.09.2012, revelava-se premente o aditamento contratual por mais 90 dias.

102. De posse de tais argumentos, a Procuradoria Geral do Estado emitiu o Parecer n. 4035/PGE-RO/2012, manifestando-se pela possibilidade excepcional de prorrogação do contrato de fornecimento de alimentação especial e comum, ou pela efetivação de nova



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

contratação, desde que mais vantajoso para a Administração, em razão de se tratarem de serviços que não podem sofrer solução de continuidade.

103. Por oportuno, registro trecho do referido Parecer, em que se analisa o cabimento do aditamento contratual:

“(…)

Lamentavelmente a administração não conseguiu, em cento e oitenta dias, concluir o certame licitatório em vista da suspensão determinada pelo Tribunal de Contas do Estado. Não obstante a informação de que houve a revogação desta suspensão, o certame licitatório está marcado para o dia 26 de setembro de 2012, sendo que o vencimento do presente contrato se dará dia 27 de setembro de 2012.

Dessa forma, não haverá tempo hábil para suprir a demanda, entre o vencimento do presente contrato e o devido fornecimento pela empresa vencedora da licitação.

Não se pode negar que o fornecimento de alimentação especial aos pacientes, acompanhantes e plantonistas, são de natureza continuada e não podem sofrer solução de continuidade. A emergência não se refere, no caso, à necessidade de manutenção dos serviços pura e simples, ela decorreria da interrupção dos serviços.

Seria no mínimo irresponsabilidade por parte desta Procuradoria de, sob o argumento da legalidade, impedir a continuidade dos serviços, em caráter excepcional, até que se conclua o certame licitatório.

(…)

O Tribunal de Contas da União, contudo, admite a prorrogação de contratos emergenciais em casos excepcionais, desde que a medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto”.

(grifou-se)

104. Vê-se, portanto, que as condutas adotadas pelo então Secretário de Estado da Saúde, ora recorrente, foram pautadas em circunstâncias fáticas excepcionais e emergenciais, tanto por ocasião da assinatura do contrato, via dispensa de licitação, quanto no que se refere ao aditamento contratual.

105. Inicialmente, importa levar em consideração que o recorrente esteve à frente da gestão da SESAU pelo curto espaço de tempo de 9 meses, de 15.02.2012 a 21.11.2012, tendo se deparado, logo após a assunção do cargo, com a necessidade de adotar providências no sentido de impedir a paralisação dos serviços de fornecimento de alimentação hospitalar.

106. Considerando que o contrato de fornecimento de alimentação anterior venceria em 23.03.2012, a SESAU dispunha, quando o recorrente assumiu o cargo de secretário (15.02.2012), de pouco mais de 30 dias para solucionar a questão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

107. Ademais, nota-se que a decisão pela contratação da empresa L&L Indústria e Comércio de Alimentos Ltda e assinatura do Contrato n. 073/PGE-2012 se deu com base nos trabalhos realizados pela comissão de licitação, bem como nas informações prestadas pela Gerente de Administração, segundo a qual o processo de licitação não estava concluso.

108. O contrato foi firmado, ainda, sob respaldo de parecer emitido pela Procuradoria Geral do Estado, que reconheceu a emergência e a possibilidade de contratação direta, nos moldes previstos na Lei n. 8.666/93.

109. Não há se falar, portanto, em atuação negligente ou desidiosa por parte do recorrente, eis que adotou as condutas a seu alcance com o intuito de possibilitar a continuidade dos serviços de fornecimento de alimentação hospitalar, os quais não podem ser interrompidos, sob pena de evidentes prejuízos à dignidade dos pacientes internados.

110. Diante dos argumentos expostos no acórdão recorrido, não se vislumbra cabível exigir do gestor de uma pasta como a da saúde, em que diariamente surgem pendências urgentes e delicadas, a realização de diligências acerca dos preços praticados no mercado, antes de assinar o contrato em uma situação tão excepcional e urgente como a relatado nos autos.

111. Isto porque o recorrente pautou sua decisão pela contratação da empresa com base nas justificativas apresentadas pela comissão de licitação, a qual procedeu às pesquisas de preço necessárias à verificação da proposta mais adequada ao termo de referência e às necessidades da administração, para fins de contratação emergencial.

112. Nessa perspectiva, impõe-se a aplicação do princípio da segregação de funções, não sendo razoável exigir que o recorrente aferisse pessoalmente a adequação dos preços ofertados pela empresa contratada, por existirem servidores com atribuição legal para tanto.

113. No que concerne ao tema, a Portaria n. 63/96 – Manual de Auditoria do TCU, estabelece que a segregação de funções é *“princípio básico do sistema de controle interno que consiste na separação de funções, nomeadamente de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações”*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

114. José dos Santos Carvalho Filho⁹ leciona no seguinte sentido:

A lei refere-se, ainda, ao princípio da segregação de funções, por meio do qual a Administração define a separação de funções, notadamente as de autorização, aprovação, execução, controle e contabilização das operações, com o objetivo de delinear as responsabilidades funcionais.

A sede desse princípio aloja-se nos sistemas de controle interno e na verificação das competências outorgadas aos administradores participantes do processo. Quanto mais ampla a segregação de funções, mais seguro será o controle sobre sua origem e seus resultados, inclusive sobre a atuação dos administradores.

Esse postulado aplica-se tanto a contratações quanto a licitações, pois que encerra, na realidade, um aspecto facilitador do controle interno. Nas licitações, sua incidência é de grande relevância considerando-se as diversas etapas do procedimento e a quantidade de agentes e terceiros que dele participam. Tendo em vista que o controle funcional é fundamental para a boa administração, o legislador incluiu o princípio na relação do art. 5º do Estatuto, como meio para identificar funções e agentes.

115. É cediço que o ciclo de formação da vontade da Administração Pública pressupõe a atuação de vários agentes, os quais atuam, muitas das vezes, de maneira desvinculada e independente.

116. Desta feita, faz-se necessário individualizar as condutas e apurar o grau de responsabilidade dos agentes públicos cuja atuação culmina em ato administrativo eivado de vícios, sob pena de incidir em responsabilização objetiva.

117. Importa ponderar, também, que o recorrente não foi informado, por ocasião da contratação, acerca de quaisquer indícios de irregularidades ou de sobrepreços. Desta feita, convém abordar o argumento de que o recorrente “*detinha ciência das irregularidades, pois alertado pelos órgãos de controle em diversas oportunidades, tal como fundamentou o relator originário*”.

118. Os supostos alertas emitidos pela Controladora Geral do Estado e pela Procuradoria Geral do Estado, em verdade, consistiram em advertências genéricas, sem indicação pormenorizada ou específica em relação ao contrato objeto dos autos. Explico.

119. O Parecer n. 904/PGE/2012, proferido em 22.03.2012, alertou o recorrente que “a escolha do fornecedor deve ser determinada de modo a proporcionar a melhor forma da prestação dos serviços ou fornecimento de material; e, quanto aos preços, a cautela deve se dar

⁹ Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

para sejam praticados preços compatíveis com os de mercado, evitando, com isso, valores superfaturados”. Ademais, ressaltou a PGE:

(...)

Frise-se, portanto, que não é responsabilidade desta Procuradoria Administrativa verificar se os preços estão compatíveis com aqueles praticados no mercado e nem de verificar a sua qualidade, ações de inteira e exclusiva responsabilidade do Gestor, que deverá tomar todas as providências para contratar de forma econômica e com aqueles que possam fornecer os bens dentro das exigências definidas pela Administração.

120. De igual modo, os pareceres proferidos pela Controladoria Geral do Estado (ID 906452), entre os meses de junho a dezembro de 2012, contém orientação no seguinte sentido:

“3.1 - Desta feita, é de bom alvitre que o atual gestor da SESAU determine que seja efetuada posteriormente cotação de preços dos serviços, objeto do presente processo, com vista a aferir se os preços estão de acordo com os praticados no mercado.

3.1.1 – Caso seja constatado superfaturamento de preços dos serviços contratados é poder e dever do atual gestor determinar a instauração de Tomada de Contas Especial com vistas a identificar responsáveis e mensurar quantitativos tendo em vista a finalidade precípua de preservar o erário”.

121. Nota-se, portanto, que a CGE não emitiu determinação específica para realização de cotação de preços dos serviços em virtude da identificação de possíveis irregularidades ou sobrepreços. Se assim fosse, teria a CGE entendido necessária a cotação de preços dos serviços mês a mês, de junho a dezembro de 2012?

122. A Decisão n. 120/2012/GCPCN (Processo n. 260/2012), por meio da qual se determinou ao recorrente que avaliasse a adequação da planilha de composição do preço da contratada com os valores praticados no mercado, promovendo as correções que se mostrassem necessárias, foi proferida em 19.07.2012, ou seja, meses após firmado o Contrato n. 073/PGE-2012.

123. Ademais, tão logo o recorrente tomou conhecimento da decisão proferida por esta Corte, determinou à Gerência de Controle Interno que adotasse providências no sentido de pesquisar e conferir os preços praticados na contratação emergencial, determinando-se, posteriormente, a retenção de 30% o total da fatura de alimentação enteral.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

124. Forçoso concluir, novamente, pela ausência de elementos que atestem a negligência ou desídia do recorrente, eis que, agiu com as cautelas que o caso demandava quando foi informado de possível ocorrência de sobrepreço no contrato firmado.

125. Pois bem. Com a devida vênia à conclusão a que chegou o eminente relator do presente recurso, entendo que o nexo de causalidade entre a conduta do recorrente e o dano ao erário apurado não é suficiente para sua responsabilização, haja vista a necessidade de demonstrar a presença do elemento subjetivo de sua conduta (dolo ou culpa).

126. No caso em julgamento, evidencia-se causa de exclusão de sua culpabilidade, pois não se pode exigir que o recorrente tivesse agido de maneira diversa, dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas, bem como as dificuldades e obstáculos próprios da atuação do gestor público naquela quadra.

127. Aplicando-se o conceito de inexigibilidade de conduta diversa, pode-se concluir que o recorrente não possuía alternativas válidas de conduta, sendo inexigível, portanto, atuação diversa da adotada, em virtude do interesse público envolvido e da urgência da contratação.

128. Conforme detalhado anteriormente, valendo-se do conceito normativo de culpabilidade, aplica-se aqui a avaliação do homem médio, sendo que, diante de uma situação determinada, não se poderia exigir comportamento diverso. É que, como se sabe, para que haja um juízo de reprovação, imperioso uma correlação entre o ato reprovado e a consciência de saber o que faz, ou seja, à luz das condições dos fatos, é necessário ponderar se se poderia exigir conduta diversa.

129. Diante do contexto vivenciado pelo recorrente, revelou-se necessária a contratação da empresa, uma vez que, ante a impossibilidade de interrupção dos serviços, e sem qualquer elemento de irregularidade que pudesse saltar aos olhos do homem mediano cuidadoso e conhecedor dos deveres, não haveria motivo razoável para duvidar dos valores ofertados pela empresa contratada, pois isso demandaria que ele agisse acima do que lhe é esperado como agente público.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

130. Deste modo, não há que se falar em dolo ou erro grosseiro capaz de reclamar juízo de irregularidade das contas do recorrente, ainda que sua conduta tenha sido causa do resultado danoso, já que lhe faltava o elemento subjetivo.

131. Neste sentido foi o julgamento exarado por esta Corte, por meio do Acórdão APL-TC 00144/2021, proferido no Processo n. 03924/2016, de minha relatoria, conforme ementa a seguir:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ANÁLISE DA LEGALIDADE E DA EXECUÇÃO DAS DESPESAS CONTRATUAIS. NÃO APLICAÇÃO DE DESCONTO OFERTADO NA LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO COMPROVADO. JULGAMENTO IRREGULAR.

1. O comprovado pagamento/recebimento indevido na execução do contrato de prestação de serviços, decorrente da não aplicação de desconto ofertado pela contratada na licitação, configura a liquidação irregular da despesa, o dano ao erário e o julgamento irregular da Tomada de Contas Especial, cuja responsabilidade deve recair aos responsáveis que contribuíram ativamente ou (por omissão) para a ocorrência do dano ao erário.

PRELIMINARES. GESTOR FALECIDO SEM QUE TENHA INTEGRADO A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL. DECURSO DO TEMPO. CITAÇÃO DO ESPÓLIO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA.

2. Acolhe-se a preliminar de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento regular do processo à luz da garantia constitucional do devido processo legal, dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade, da eficiência, da economicidade e da razoável duração do processo, excluindo-se o Espólio do rol de responsáveis ante a ausência da citação do responsável em vida e o transcurso de 6 (anos) entre a ocorrência dos fatos e a citação do espólio.

VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL E PRECLUSÃO. NORMATIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE.

3. Afastam-se as preliminares de “violação constitucional”, ante a ausência da alegada violação ao artigo 93 da Constituição Federal e artigo 489 do Código de Processo Civil, e de “preclusão, diante a manifesta inaplicabilidade no caso dos autos do art. 22 do Regimento Interno do Tribunal de Contas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

4. Impõe-se o indeferimento, por ausência de amparo legal, de pedido de aplicação do art. 6º, I da IN 076/2016 do Tribunal de Contas da União, considerando que ao fixar o valor mínimo para instauração de TCE no âmbito desta Corte (Instrução Normativa nº 68/2019-TCE-RO), o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia faz uso de suas atribuições e competências constitucionais, legais e regimentais e do poder regulamentar conferido pelos artigos 3º e 8º da Lei Complementar Estadual nº 154/96, c/c os artigos 14 e 16 de seu Regimento Interno.

COMPENSAÇÃO DE EVENTUAL DÉBITO COM VALORES RETIDOS A TÍTULO DE ISS. DESPESAS DE NATUREZA DISTINTA. AMORTIZAÇÃO DO DÉBITO COM A EXECUÇÃO DE SERVIÇOS EM SEMELHANÇA AO CONTRATO. ANÁLISE DE QUESTÕES FÁTICAS E JURÍDICAS QUE REFOGEM DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS.

5. Julgam-se prejudicados os pedidos referentes à compensação de créditos, bem como amortização do débito com a execução de serviços nos mesmos moldes do contrato firmado, pois consistem em matéria que busca tutelar interesse privado da empresa, os quais refogem da competência deste Tribunal de Contas.

AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA AO ENTÃO PREFEITO. AUSÊNCIA DE DOLO OU ERRO GROSSEIRO DO AGENTE PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE CONDUTA DIVERSA ATRIBUÍDA A HOMEM MÉDIO. JULGAMENTO DAS CONTAS REGULAR.

6. Ainda que o ato praticado pelo prefeito à época dos fatos integre a cadeia causal que levou à ocorrência do dano ao erário, notadamente porque autorizou o pagamento sem observância ao desconto dado pela empresa contratada, o fato por si só não conduz de forma imediata a sua responsabilidade de ressarcimento, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

7. No caso em análise, a teor das circunstâncias do processo, não se poderia exigir do gestor conduta diversa, pois isso demandaria que agisse acima do que lhe era esperado como agente público (homem médio), não restando configurado o dolo ou erro grosseiro, impondo-se, portanto, afastar a sua responsabilidade e, por decorrência lógica, reconhecer a regularidade das contas em relação ao ex-Prefeito Municipal.

COMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO/MEDIÇÃO DOS SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO DANO CAUSADO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

8. Não há como prosperar a pretensão de exclusão da responsabilidade atribuída aos membros da Comissão de Fiscalização/Medição de Serviços, notadamente pela existência de nexo causal de suas condutas e o resultado da liquidação irregular da despesa, pois não observaram o dever de cuidado na necessária aplicação do desconto previsto em cláusula contratual, fato que ocasionou o dano ao erário, circunstância que impõe a aplicação de pena de multa, cuja dosimetria, por exigência legal, deve observar os critérios relativos à natureza e gravidade da infração, os danos causados à Administração, além das agravantes, atenuantes e antecedentes dos responsabilizados, à luz do disposto na LINDB. (grifou-se)

132. Vejamos, ainda, a decisão contida no Acórdão APL-TC 00255/2019 referente ao processo 00213/2018, de relatoria do e. Conselheiro Valdivino Crispim, que assim se manifestou no voto condutor:

A culpabilidade é composta por três elementos sendo certo que, ausente um destes, não há que se falar em culpabilidade. São eles: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa deve ser invocada sempre que se vislumbre a real impossibilidade de o agente, no caso concreto, agir de forma diferente. Nesse cenário não havia outra alternativa ao Recorrente a não ser cumprir o Convênio, que deliberou que a prestação de contas se daria ao final do Convênio.

Nesse contexto, impositivo o afastamento da responsabilidade atribuída ao Recorrente, vez que o procedimento padece de inconsistência no apontamento da imputação do débito, posto que a teor do Convênio a prestação de contas se daria ao final da execução do expediente, o que por si só, afasta a aplicação do dano, por não poder agir de forma diversa, devendo, para tanto, ser excluída a reponsabilidade impostas ao recorrente, pelos fundamentos esposados no presente relatório. – grifou-se.

133. No mesmo sentido, é o entendimento do TCU, conforme se extrai da fundamentação contida quando do julgamento proferido no Processo n. 028.569/2017-8:

Na doutrina construída sobre responsabilização, no âmbito do TCU, a valoração do grau de censura da conduta do agente é elemento essencial, porquanto, por vezes, atos praticados em desconformidade com a lei podem levar à conclusão, pela análise das diversas circunstâncias do caso concreto, de não haver censura suficiente para apenar a pessoa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

Como exemplo disso temos o voto condutor do Acórdão 662/2003-TCU-Plenário, Ministro Relator Benjamin Zymler, que afirma, ao registrar várias atenuantes, que a conduta do responsável, embora irregular, não possuía culpabilidade suficiente para ensejar aplicação de multa.

179. A jurisprudência do TCU assume que devem ser considerados vários fatores no exame da conduta do agente e do grau de reprovação do ato que praticou. Muitas vezes as circunstâncias constituem um conjunto de elementos para a aferição da boa-fé daquele que praticou o ato, conceito que deve ser ponderado para fins de aplicação de sanção.

180. Está satisfatoriamente assentada na jurisprudência desta Corte a excludente da culpabilidade pela ocorrência da inexigibilidade de conduta diversa do agente como, por exemplo, pontifica o relatório do Acórdão 4047/2012-TCU-Primeira Câmara, Ministro Relator José Múcio Monteiro, sobre o processo TC-Processo 020.169/2010-8:

.....
De acordo com a doutrina penalista, a culpabilidade é composta por três elementos, a saber: a) a imputabilidade; b) a potencial consciência da ilicitude e c) a exigibilidade de conduta diversa. Quando ausentes quaisquer destes três elementos, inexiste a própria culpabilidade.

Nosso Código Penal prevê, expressamente, as causas excludentes de culpabilidade, que alguns autores chamam de dirimentes de culpabilidade. Estas causas excluem algum de seus elementos, eliminando também a própria culpabilidade. Embora o crime subsista, o autor da conduta tutelada pela lei penal não pode ser culpado, devendo, portanto, ser absolvido.

O aludido diploma legislativo prevê as seguintes causas de exclusão da culpabilidade: (a) erro de proibição (art. 21, caput) ; (b) coação moral irresistível (art. 22, 1ª parte) ; (c) obediência hierárquica (art. 22, 2ª parte) ; (d) inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, caput) ; (e) inimputabilidade por menoridade penal (art. 27, caput) ; (f) inimputabilidade por embriaguez completa, proveniente do caso fortuito ou força maior (art. 28, parágrafo 1º) .

Há, todavia, uma causa supralegal de exclusão de culpabilidade, fruto, portanto, não de codificação, mas de construção doutrinária e jurisprudencial, a que os autores aludem de inexigibilidade de conduta diversa, e que interessa de perto ao deslinde da questão que vimos analisando nestes autos.

76. De fato, não será reprovável a ação típica e ilícita praticada pelo agente na situação em que não lhe era exigível comportamento diverso do que teve. Trata-se de uma análise



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

estritamente pessoal do agente, considerando as circunstâncias concretas em que atuou. Basicamente, os casos de inexigibilidade de conduta diversa estão ligados à coação moral irresistível, à estrita obediência hierárquica e às situações de excesso escusável nas causas de exclusão de ilicitude, esta última, construção jurisprudencial.

Portanto, entende-se estar configurada nos autos uma típica hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, modalidade supralegal de causa excludente de culpabilidade, a afastar a reprovabilidade social da conduta dos agentes, mormente porque não há quaisquer provas ou mesmo indícios de que hajam obrado com dolo ou culpa, nem tampouco que o reajuste contratual concedido à Toshiba tenha sido financeiramente desarrazoado, gerando superfaturamento. Desta feita, torna-se impossível qualquer imputação de responsabilidade aos gestores de Furnas, haja vista que a conduta que tiveram era a esperada de um homem médio, consideradas as mesmas circunstâncias em que então se encontravam.

Os agentes operavam sob um sistema normativo que não levava em conta o contexto material em que se davam as ações.

Sendo assim, poderiam os agentes públicos ouvidos desempenhar conduta diversa ante as restrições materiais, administrativas e normativas que lhes impunham uma tarefa desproporcional aos recursos disponíveis?

Sumário

RELATÓRIO DE AUDITORIA NA SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES À SUFRAMA. AUDIÊNCIA DE RESPONSÁVEIS. MONITORAMENTO. DETERMINAÇÕES CUMPRIDAS E RECOMENDAÇÕES IMPLEMENTADAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA DOS GESTORES. DESCARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. (Acórdão 329/2021 – Processo 028.569/2017-8; Plenário; Relator Conselheiro Raimundo Carreiro; julgado 24/02/2021)

134. Ressalte-se, mais uma vez, que a contratação se deu por prazo determinado, consoante opinião da comissão de licitação, tempo durante o qual a SESAU poderia dar continuidade ao regular procedimento licitatório.

135. Assim, nota-se que o recorrente buscou, com sua atuação, a contratação de empresa que pudesse fornecer a alimentação aos hospitais durante curto período de tempo, de modo a finalizar o competente procedimento licitatório que regularizaria a contratação de empresa para prestação dos serviços a médio e longo prazo, de acordo com os ditames legais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

136. Além da necessidade de individualização da conduta e de demonstração da presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), deve-se perquirir acerca da existência de nexo de causalidade, caracterizado pelo vínculo entre a conduta e o resultado lesivo (ilegalidade ou dano ao erário). Isto é, há nexo causal quando a conduta praticada é causa determinante do resultado obtido (teoria da equivalência dos antecedentes causais).

137. No caso em julgamento, entendo que há nexo causal entre a conduta do recorrente e a ocorrência do dano. Apesar disso, o mero nexo causal entre a conduta e o resultado danoso não é motivo suficiente para embasar o julgamento condenatório consistente na irregularidade das contas e a obrigação de ressarcimento, conforme expressamente previsto no art. 12, § 3º do Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, o qual dispõe que: *“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”*.

138. Assim, mesmo presente o nexo de causalidade, é preciso aferir a existência do elemento subjetivo na conduta do recorrente, de forma a verificar se agiu com dolo ou erro grosseiro, aplicando-se o artigo 28 da LINDB, o qual estabelece que *“O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”*.

139. Trata-se de dispositivo que vincula a atuação dos órgãos de controle, tendo como propósito evitar a responsabilização do gestor bem intencionado, mediante o estabelecimento de regra geral para aferição da culpabilidade dos agentes públicos.

140. Já o artigo 22, caput, da LINDB, prevê que: *“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”*.

141. Utilizando, ainda, os questionamentos da matriz de responsabilização do Tribunal de Contas da União, pode-se afirmar que se reconhece no feito a boa-fé do recorrente, o qual não tinha consciência de qualquer irregularidade que pudesse decorrer do ato que praticara, não sendo razoável exigir-lhe conduta diversa daquela que adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam na quadra.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

142. Vê-se, portanto, que apesar de demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do recorrente e o dano identificado por esta Corte, não restou evidenciado o elemento subjetivo necessário à responsabilização, haja vista a caracterização de excludente de culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa.

143. Neste sentido, demonstrada a boa-fé do recorrente e a ausência de condutas diversas que pudessem ser adotadas em vista das circunstâncias apresentadas ao longo deste voto, tenho que não se aplique justiça ao caso concreto mediante a responsabilização do recorrente pelos danos identificados.

144. Convém destacar trecho do Relatório Técnico ID 1205179, em que a Coordenadoria Especializada em Tomada de Contas Especial salientou a ausência de omissão do recorrente, capaz de atrair para si a responsabilidade solidária pelo dano, *“considerando que este decorreu da prática de sobrepreço e o gestor não teve participação ativa na busca pelos parâmetros de mercado que poderiam assegurar a contratação pelo preço de mercado, ficando essa atribuição a cargo de comissão designada para fazer essa pesquisa”*.

145. Ademais, tendo em vista as diversas decisões proferidas por esta Corte de Contas, em que restou aplicada a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, deve-se manter a coerência e a integridade da jurisprudência do Tribunal.

146. Dessarte, o provimento do recurso é medida que se impõe, para o afastamento da responsabilidade do recorrente, excluindo-se o débito e a pena de multa cominada no Acórdão AC2-TC 00603/2020, proferido nos autos do Processo n. 03041/2013.

PARTE DISPOSITIVA

147. Ante todo o exposto, com as devidas vênias ao e. Relator, apresento voto que diverge da conclusão apresentada para o fim de:

148. I – Conhecer o Recurso de Reconsideração interposto por Gilvan Ramos de Almeida, Secretário de Estado de Saúde à época dos fatos, em face do Acórdão AC2-TC 00603/2020, Processo n. 03041/2013, por preencher os pressupostos legais de admissibilidade, na



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA

Gabinete do Conselheiro Edilson de Sousa Silva

forma dos artigos 31, I, e 32 da Lei Complementar n. 154/96 c/c artigos 89, I, e 93 do Regimento Interno;

149. II – No mérito, dar provimento ao Recurso de Reconsideração interposto para o fim de afastar a responsabilidade do recorrente pelo dano decorrente do sobrepreço dos itens da dieta geral e enteral objeto do Contrato n. 073/2012-PGE, haja vista a caracterização da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa e consequente ausência de elemento subjetivo necessário à sua responsabilização;

150. III – Por consequência, julgar regular a tomada de contas especial quanto ao recorrente, nos termos do disposto no artigo 16, inc. I, da Lei Complementar n. 154/96, concedendo-lhe quitação, na forma do artigo 17, da Lei Complementar n. 154/96;

151. IV – Afastar a aplicação da pena de multa individual aplicada ao recorrente;

152. VI - Intimar os interessados acerca do teor da presente decisão;

153. VII - Após a adoção das medidas administrativas e legais cabíveis, arquivem-se estes autos.

2ª Sessão Ordinária Virtual da 1ª Câmara, realizada de 06 a 10 de março de 2023

Conselheiro **EDILSON DE SOUSA SILVA**

Revisor