



Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antônio da Silva

PROCESSO TC : 1013/2011 – Vol. I ao IX.
APENSOS TC : 0440/2004, 1455/2004 – Vol. I ao IV, 1587/2004 e 0244/2006.
PROCEDÊNCIA : CIDADÃO
INTERESSADO : ADEMAR SEBASTIÃO ROCHA LIMA
ASSUNTO : RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO
ADVOGADOS : FLÁVIO CHEIM JORGE, MARCELO ABELHA RODRIGUES e BÁRBARA DALLA BERNARDINA LACOURT.

VOTO 1769/2014

Senhor Presidente,
Senhores Conselheiros,
Senhor Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Cuidam os presentes autos de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. **Ademar Sebastião Rocha Lima**, então Presidente da Câmara Municipal de Vitória, no exercício de 2004, objetivando tornar insubsistente o Acórdão TC nº 357/2010, prolatado às fls. 163/167 dos autos do Processo TC nº 0244/2004 (Embargos de Declaração), que o condenou ao pagamento de multa no valor de 2.000 (dois mil) VRTE's, bem como ao ressarcimento ao Erário Municipal da importância de R\$ 977.475,00, equivalentes a 716.413,80 VRTE's.

A área técnica deste Egrégio Tribunal de Contas, através da 8ª Secretaria de Controle Externo, nos termos da Instrução Técnica de Recursos nº 70/2013 (fls. 2599/2634), verificou que o expediente recursal é **tempestivo**, bem como o Recorrente possui legitimidade para sua interposição, opinando pelo **CONHECIMENTO** e, quanto ao mérito, pela **NEGATIVA DE PROVIMENTO** do recurso interposto pelo Sr. **Ademar Sebastião Rocha Lima**.

O Ministério Público Especial de Contas, por seu então Procurador-Designado, Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, nos termos do Parecer PPJC nº 850/2014, exarado, às folhas 2638/2639, em consonância com a área técnica, opinou no mesmo sentido.

Assim, vieram os autos a este Relator, em 14/03/2014, para emissão de voto para efeito de deliberação do Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas, na forma do art. 29 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

É o sucinto relatório.



Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antônio da Silva

VOTO

Compulsando os autos, verifico que a notificação do TC nº 357/2010 (fls. 163/167 dos autos do Processo TC nº 244/2006), foi publicada no Diário Oficial do Espírito Santo, em 24/01/2011, sendo que o presente recurso foi protocolizado nesta Corte de Contas, em 18/02/2011.

Desse modo, tenho que o recurso de reconsideração interposto, em face do Acórdão TC nº 357/2010, prolatado às fls. 163/167 dos autos do Processo TC nº 0244/2004 (Embargos de Declaração), é **tempestivo** e o Recorrente possui interesse e legitimidade, razão pela qual conheço o recurso interposto pelo Sr. Ademar Sebastião Rocha Lima, então Presidente da Câmara Municipal de Vitória, no exercício de 2004, **estando presentes os requisitos de admissibilidade**.

Da análise dos autos, verifico que a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas, opinaram pelo conhecimento do presente recurso e, quanto ao mérito, pela negativa de provimento, tendo a área técnica se manifestado conclusivamente, nos termos da Instrução Técnica de Recursos nº 70/2013 (fls. 2599/2634), *verbis*:

[...]

DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Quanto às condições de admissibilidade do recurso, verifica-se que o Recorrente é parte capaz, possui interesse de agir e legitimidade processual, o que torna o recurso **CABÍVEL**.

Em relação à tempestividade, verifica-se que a notificação do Acórdão TC 357/2010 (fls. 163/167 dos autos do Processo TC 244/2006) foi publicada no Diário Oficial do Espírito Santo na data de 24 de janeiro de 2011.

Considerando que o presente recurso foi protocolizado neste Tribunal na data de 18/02/2011, perfaz-se o mesmo **TEMPESTIVO**.

Cumprе ressaltar que o juízo de admissibilidade do presente recurso foi feito com base na Lei Complementar nº 32/93 e na Resolução TC nº 182/2002, mesmo após o advento da nova Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar nº 621/2012), em homenagem ao ato jurídico perfeito.

DO MÉRITO

[...]

CONCLUSÃO

Diante das razões expostas, somos pelo CONHECIMENTO do recurso e, quanto ao mérito, pela NEGATIVA DE PROVIMENTO, nos termos acima delineados. – grifei e negritei

Em sendo assim, conforme observado pela área técnica o Recorrente apresentou defesa somente quanto aos itens 1, 2 e 5 tidos como irregulares no Acórdão TC 357/2010, motivo pelo qual me detenho ao enfrentamento apenas de tais itens, tendo em vista o princípio do *devolutum quantum appellatum*, quais sejam:

1. Realização de despesa com defesa jurídica do Presidente da Câmara sem atendimento ao interesse público e sem o devido procedimento licitatório, no valor de R\$ 65.000,00, correspondente a 47.639,98 VRTE – Inobservância ao art. 37, *caput*, da Constituição Federal e ao art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.666/93. (Referente ao item 1. do Acórdão TC 357/2010)

No que se refere à presente irregularidade, alega o recorrente que a área técnica e o Ministério Público Especial de Contas entenderam não haver finalidade pública na contratação do escritório de advocacia Cheim Jorge & Abelha Rodrigues para atuar no Processo TC nº 1818/2002, porque inexistia razão para a contratação de qualquer particular, já que a Câmara Municipal dispunha de Procuradoria Jurídica habilitada a prestar o serviço.

Vê-se que a Procuradoria Jurídica era responsável, conforme Regimento Interno, *verbis*:

Art. 3º. À Procuradoria Jurídica, subordinada diretamente ao Presidente, compete à assessoria ao Presidente e à Mesa Diretora no que tange à solução de questões jurídicas, de natureza contenciosa ou não contenciosa, administrativas e legislativas, mediante informações e pareceres jurídicos em documentos que lhe sejam submetidos; na apreciação de contratos e convênios que envolvam a Câmara Municipal de Vitória e mediante a representação da mesma em juízo, por indicação da Mesa Diretora.

A área técnica entende que os serviços foram contratados para defesa de interesse privado, posto que a Câmara Municipal possui Procuradoria Jurídica, conforme se consta da Instrução técnica de Recursos – ITR nº 70/2013.

O gestor alega que os pagamentos realizados refletem a contraprestação equivalente aos serviços prestados, cujo recebimento é direito legítimo do prestador de serviços, acrescentando, ainda que, eventualmente tenha se beneficiado dos serviços prestados, a Câmara Municipal não sofreu nenhuma lesão patrimonial, razão pela qual não deve subsistir o dever de ressarcimento ora imposto.

Assim, ao se analisar o dispositivo legal acima colacionado, percebe-se que o serviço prestado era inerente às questões administrativas, vez que se encontra definido no Regimento Interno do Legislativo Municipal a atribuição da Procuradoria Jurídica.

Entretanto, a par de já terem se passados mais de 10 anos, verifica-se que não foi demonstrado se os advogados militaram tão somente em prol da defesa de interesses da Câmara Municipal, de interesses particulares ou mesmo de ambos.



Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antônio da Silva

Desta maneira, não se vislumbra destes autos ocorrência de prova inequívoca de que os serviços não eram necessários, como por exemplo, informação detalhada quanto à atuação dos advogados e da Procuradoria, em razão do atendimento pleno dos serviços exigidos.

Neste caso a má fé para se imputar ressarcimento deve ser demonstrada, posto que na esteira da jurisprudência pátria, a imputação de ressarcimento decorre de ato doloso, como transcrita, *verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. **RESSARCIMENTO. DESCABIMENTO. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. SANÇÃO DO ART. 12, III, DA LEI 8.429/1992. NECESSIDADE DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO PATRIMONIAL.** 1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedentes. 2. Não se sustenta a tese - já ultrapassada - no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que não causem dano ao erário. 3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte. 4. **É indevido o ressarcimento ao Erário dos valores gastos com contratações irregulares sem concurso público, pelo agente público responsável**, quando efetivamente houve contraprestação dos serviços, para não se configurar enriquecimento ilícito da Administração (EREsp 575.551/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/04/2009, DJe 30/04/2009). 5. Ressalvou-se a possibilidade de responsabilizar o agente público nas esferas administrativa, cível e criminal. 6. A sanção de ressarcimento, prevista no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/1992, só é admitida na hipótese de ficar efetivamente comprovado o prejuízo patrimonial ao erário. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ - REsp: 1214605 SP 2010/0178628-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 06/06/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/06/2013)

Do cotejo da matéria de fato e de direito, verifico que embora não tenha havido o procedimento licitatório, o que demonstra a subsistência da irregularidade, esta não prospera quanto ao ressarcimento imputado, posto que há dúvida razoável quanto ao fato de que os serviços foram total ou parcialmente direcionados ao gestor ou ao órgão em referência.

Em havendo parcela de subjetividade, é indevido o ressarcimento ao Erário tão só porque não ocorreu o procedimento licitatório, conforme tem decidido nossos tribunais, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONTRATAÇÃO DE ASSESSORIA JURÍDICA PELO MUNICÍPIO DE NHANDEARA/SP (CONTRATO 36/97). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO.** RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO CAUSÍDICO NA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS EM DECORRÊNCIA DO PACTO 36/97, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO À PRESENTE DECISÃO, PARA EXCLUIR A CONDENAÇÃO DA PREFEITA NO ALEGADO ILÍCITO DE IGUAL NATUREZA (ART. 509 DO CPC). 1. A negativa de vigência ao art. 535 do CPC somente se vislumbra quando o Tribunal de origem incorre em omissão, obscuridade ou contradição sobre matérias elementares para o deslinde da controvérsia. 2. A condenação do Agente Público e de terceiros no ressarcimento ao Erário, via de regra, demanda a comprovação do nexo causal entre a conduta ilícita do Agente ou do terceiro (dolosa ou culposa) e o dano causado ao Ente Estatal, sendo insuficiente, portanto, a mera presunção do prejuízo ao Estado. Precedente: AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 10.12.2012. 3. In casu, restou incontroversa a prestação dos serviços de assessoria jurídica pelo Causídico, nos termos pactuados entre este último e o Ente Municipal no Contrato 36/97, de maneira que o Tribunal de origem impôs ao Advogado e à Prefeita a condenação de ressarcir ao Erário o valor acertado (R\$ 18.600,00) sob o fundamento de não haver justificação para a estipulação da quantia e, ainda, por ter o Causídico elaborado, concretamente, apenas uma petição, interposto Recursos Especiais e impetrado Mandado de Segurança. 4. Contudo, apesar de o desenrolar das ações e dos procedimentos terem requerido, efetivamente, apenas as peças enumeradas pela Sentença, o fato é que o acompanhamento das ações e dos procedimentos foram, de fato e em conformidade com o Contrato 36/97, prestados, não servindo de parâmetro, para fins de apuração da razoabilidade do valor do Contrato, apenas as petições elaboradas pelo Advogado; e assim é, porque o desenvolvimento das ações e procedimentos elencados no Contrato 36/97 poderiam ter exigido outras atuações do Procurador, mas a sucessão dos fatos ocorridos na realidade demandou, apenas, os trabalhos deflagrados pelo Causídico. 5. **Ademais, eventual ausência de justificação do valor estipulado entre o Causídico e o Município de Nhandeara/SP (R\$ 18.600,00), por si só, não configura prejuízo ao Erário; o dano em comento, por ser concreto e auferível empiricamente, deve ser comprovado, não se admitindo presunções, nesse aspecto.** 6. Recurso Especial provido, em que pese o parecer Ministerial em sentido contrário, para afastar a condenação ressarcitória imposta ao Causídico. Atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente Decisão (art. 509 do CPC), para excluir a obrigação de devolução de valores ao Município, imposta à Prefeita. (STJ - REsp: 1181806 SP 2010/0034417-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/11/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2013)

Assim, o dano ante a eventual prova incontestada, por ausência de justificação do valor estipulado entre o Causídico e a Câmara Municipal, por si só, não configura prejuízo ao Erário, **sendo que o dano em comento, por ser concreto e auferível empiricamente, deve ser comprovado, não se admitindo presunção a esse respeito.**

Já no que se refere à ausência de finalidade pública, trago à colação o disposto na lei 4.717/65, que assim versa sobre os requisitos de validade do ato administrativo, *verbis*:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. - grifei e negritei

É sabido que os requisitos de validade do ato administrativo são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, com sua origem clara no art. 2º da Lei 4.717/65, antes transcrita.

A Lei 9.784/99, que rege o contencioso administrativo federal, de aplicação subsidiária, em seu art. 50, impõe que os atos administrativos sejam motivados, portanto, **a motivação diz respeito à forma de prática do ato e não aos pressupostos de fato e de direito, este sim é o motivo da prática do ato.**

Desta maneira, a regra é a motivação, com vistas a preservar o interesse público, consubstanciado nos princípios basilares da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, **seja de forma mediata ou imediata.**

Verifica-se que incide no regramento de realização destas despesas alguns princípios, o primeiro deles é o da legalidade, que no dizer de Alexandre de Moraes:

[...] o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza [...] - grifei e negritei

Relativamente ao princípio da moralidade, assim afirma a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

[...] quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos [...] – grifei e negritei

A respeito da proporcionalidade, assim afirmam os Mestres Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, *in verbis*:

[...] uma das vertentes do princípio da razoabilidade. Isto porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar [...] - grifei e negritei

Já especificamente quanto à finalidade e interesse público, ensina o mestre Hely Lopes Meirelles, *litteris*:

[...] vedada é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente satisfazer interesses privados, por favoritismo ou por perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade [...] - grifei e negritei

Obviamente que a contratação de Advogado deve ser devidamente motivada, sendo certo que a ausência de procedimento licitatório configura irregularidade, entretanto, o ressarcimento não deve prosperar sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública, posto que seu quantum deve ser certo e determinado.

Além disso, a jurisprudência pátria tem assentido na impossibilidade de enriquecimento sem causa, conforme ementa, *verbis*:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE COBRANÇA. PEDIDO VOLTADO AO RECEBIMENTO DA PRESTAÇÃO DECORRENTE DOS SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA QUE BENEFICIARAM O IMÓVEL DO RÉU. HIPÓTESE DE VALORIZAÇÃO PATRIMONIAL. DIREITO QUE SE AMPARA NA IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. Uma vez incontroversa a ocorrência da prestação dos serviços por parte da autora, fato que gerou benefício a todo o loteamento e, em especial, ao réu, que teve valorizado o seu patrimônio, inegável se apresenta o direito ao recebimento da respectiva contraprestação, sob pena de se patrocinar o enriquecimento ilícito. (TJ-SP - APL: 9187510622007826 SP 9187510-62.2007.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 15/03/2011, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/03/2011)

Soma-se a isto que irregularidade no procedimento não pode ser motivação para imputação do ressarcimento, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO. REPASSE DE VERBAS DA FUNASA. EX-PREFEITO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. 1. Remessa oficial e apelação interposta pela União contra sentença que anulou acórdão do TCU na parte em que havia condenado ex-prefeito de Município a devolver ao erário R\$ 8.000,00, do total de R\$ 64.600,00 repassados pela FUNASA, por meio de convênio firmado para a implantação de Programa de Saúde na Família; 2. A mera falha formal de recibo, relativa à origem dos recursos utilizados para a sua quitação, não dá ensejo à condenação do responsável à devolução do valor ao erário, quando os demais elementos apresentados (nota fiscal, nota de empenho e extrato bancário) permitem constatar que o pagamento foi realizado com verbas provenientes do convênio firmado, cujo objeto foi devidamente cumprido; 3. Apelação e remessa

oficial improvidas.(TRF-5 - AC: 390254 SE 0000644-33.2004.4.05.8501, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 08/10/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 28/10/2009 - Página: 793 - Ano: 2009). – grifei e negritei

Por estas razões, divirjo parcialmente da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, e **mantenho a irregularidade**, porém, **afasto o ressarcimento a ela relativo, em face das razões antes expendidas.**

Entrementes, entendo que deva ser expedida **determinação**, a fim de que, no exercício de suas atribuições, em razão da função corretiva, o atual gestor da Câmara Municipal de Vitória observe, quando das contratações, **a devida evidenciação do interesse público**, externando os pressupostos de fato e de direito autorizadores da prática do ato concessório, sob pena de se ter por irregular tais contratações em prestação de contas vindoura.

2. Contratação da Fundação Demóstenes Nunes Vieira para a prestação de assessoria e consultoria técnica em desrespeito a preceitos constitucionais e legais - Inobservância ao artigo 7º, inciso I, e ao artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93. (Referente ao item 2.1, 2.3 e 2.4 do Acórdão TC 357/2010).

Tratam os apontes de irregularidades relativamente à mesma contratação, sendo indicadas nos seguintes itens:

2.1 - Inobservância ao artigo 7º, inciso I, e ao artigo 7º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.666/93

2.3 - Inversão do regime administrativo: Supremacia do interesse privado em detrimento do interesse público;

2.4 - Ofensa ao artigo 26, Parágrafo único, incisos II e III, da Lei Federal nº 8.666/93, combinado com o artigo 63, § 1º, inciso II, da Lei Federal nº 4.320/64;

Em síntese, entendo que assiste razão ao corpo técnico, bem como ao douto representante do Parquet de Contas, e cito como exemplo, no que se refere ao projeto básico ser correto o entendimento da rea técnica, pois, ainda que não se trate de obra ou de serviço de engenharia, é imperiosa a existência de previsões e descrições equivalentes àquelas que constariam de um projeto básico ou executivo para que a Administração inicie o procedimento licitatório, ainda que ao documento seja conferida nomenclatura diversa.

Diante disso, tendo em vista a análise procedida pelo corpo técnico, entendo que se mostra adequado, motivo pelo qual adoto como razões de decidir, a acompanho e **mantenho as irregularidades antes referidas.**

3. Infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal. (Referente ao item 2.2 do Acórdão TC 357/2010).

A questionada irregularidade se baseia na contratação precedida de cadastro dos interessados e da dotação orçamentária, onde o Acórdão atacado manteve a irregularidade, motivando que os serviços terceirizados eram típicos da atividade da Câmara Municipal de Vitória.

No caso em apreço, entendo que estão presentes os requisitos para a contratação temporária, visto que se trata de pessoal de atividade fim, de forma excepcional, na linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, *litteris*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88. 1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. 37, IX da Constituição 2. **A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal.** 3. Ação direta julgada improcedente. (3068 DF, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 24/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00132 REPUBLICAÇÃO DJ 24-02-2006 PP-00007) – grifei e negritei

A par de serem os contratados ligados à atividade fim, entendo **que a continuidade da ação estatal restaria prejudicada, em razão da atividade referente a contratação precedida de cadastramento ser essencial para o funcionamento do órgão, em defesa de seus interesses, dada à sua ação de atuação mínima.**

Em sendo assim, **afasto a presente irregularidade** contida no Acórdão embatido, entendendo que está evidenciado o interesse público na contratação com vistas a dar continuidade na ação estatal.

4. Valores pagos à Fundação Demóstenes Nunes Vieira passíveis de devolução: R\$ 825.000,00 equivalentes a 604.661,39 VRTE; (Referente ao item 2.5 do Acórdão TC 357/2010).

No que diz respeito a esta irregularidade o Recorrente, em suas razões argumenta que a condenação que lhe fora imposta, por força do Acórdão recorrido, a ressarcir ao Erário o valor do contrato, não deve subsistir, porque os serviços foram efetivamente prestados.

Da análise do caderno, tomando por base as razões explanadas no recurso, vislumbra-se a existência de **elementos que comprovam que o serviço contratado foi efetivamente prestado, conforme atestados emitidos pelo Presidente da Comissão de Saúde, Relatório de Atividades e inúmeros** pareceres e estudos de grande complexidade, referentes ao objeto da contratação.

Em verdade, entendo que os pagamentos realizados referem-se à contraprestação relativamente aos serviços prestados, sendo o que a percepção dos valores relativos aos serviços prestados mostra-se medida proporcional, sob pena de enriquecimento sem causa.

Ademias, considerando que a Fundação cumpriu os termos do contratado estabelecido, não houve nenhuma lesão patrimonial, o que induziria no dever de ressarcimento ao erário municipal.

É nessa esteira de entendimento, que a jurisprudência pátria tem assentido na impossibilidade de enriquecimento sem causa, conforme ementa, *verbis*:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE COBRANÇA. **PEDIDO VOLTADO AO RECEBIMENTO DA PRESTAÇÃO DECORRENTE DOS SERVIÇOS DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA QUE BENEFICIARAM O IMÓVEL DO RÉU. HIPÓTESE DE VALORIZAÇÃO PATRIMONIAL. DIREITO QUE SE AMPARA NA IMPOSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.** PROCEDÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. **Uma vez incontroversa a ocorrência da prestação dos serviços por parte da autora**, fato que gerou benefício a todo o loteamento e, em especial, ao réu, que teve valorizado o seu patrimônio, inegável se apresenta o direito ao recebimento da respectiva contraprestação, sob pena de se patrocinar o enriquecimento ilícito. (TJ-SP - APL: 9187510622007826 SP 9187510-62.2007.8.26.0000, Relator: Antonio Rigolin, Data de Julgamento: 15/03/2011, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/03/2011)

Soma-se a isto que irregularidade no procedimento não pode ser motivação para imputação do ressarcimento, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIO. REPASSE DE VERBAS DA FUNASA. EX-PREFEITO. **PRESTAÇÃO DE CONTAS. 1. Remessa oficial e apelação interposta pela União contra sentença que anulou acórdão do TCU na parte em que havia condenado ex-prefeito de Município a devolver ao erário R\$ 8.000,00, do total de R\$ 64.600,00 repassados pela FUNASA**, por meio de convênio firmado para a implantação de Programa de Saúde na Família; 2. **A mera falha formal de recibo, relativa à origem dos recursos utilizados para a sua quitação, não dá ensejo à condenação do responsável à devolução do valor ao erário, quando os demais elementos apresentados (nota fiscal, nota de empenho e extrato bancário) permitem constatar que o pagamento foi realizado com verbas provenientes do convênio firmado, cujo objeto foi devidamente cumprido;** 3. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF-5 - AC: 390254 SE 0000644-33.2004.4.05.8501, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 08/10/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 28/10/2009 - Página: 793 - Ano: 2009). – grifei e negritei

Por estas razões, dirijo da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, e **mantenho a irregularidade**, porém, **afasto o ressarcimento a ela relativo, em face das razões antes expendidas.**

Entrementes, entendo que deva ser expedida **determinação**, a fim de que, no exercício de suas atribuições, em razão da função corretiva, o atual gestor da Câmara Municipal de Vitória observe, quando

das contratações, **a devida evidencição do interesse público**, externando os pressupostos de fato e de direito autorizadores da prática do ato concessório, sob pena de se ter por irregular tais contratações em prestação de contas vindoura.

5. Realização de despesas com patrocínios, em desacordo com o princípio da finalidade pública, no valor de R\$ 87.475,00, equivalente a 64.112,43 VRTE – Infringência ao art. 37, caput, da Constituição Federal; (Referente ao item 5. do Acórdão TC 357/2010).

Neste pormenor, a área técnica de recursos, contrapondo as razões do recurso interposto argumenta que o Legislativo Municipal não tem atribuição de patrocinar projetos ditos sociais, cabendo ao Poder Executivo tal atributo, portanto, que tais despesas são desprovidas de finalidade pública e atentatórias ao princípio da moralidade.

Em sua defesa, o Recorrente aduz que incide em erro a subscritora da Instrução Técnica Conclusiva e, por conseguinte, o acórdão, pois não houve desvio de finalidade na concessão de nenhum dos valores listados nos autos do processo TC nº 1587/04.

Destacou a área técnica que as despesas relacionadas como patrocínios, quando em verdade parte delas tem natureza de subvenção social, isto é, transferências de verbas à ONGs para despesas de custeio.

A esse respeito, vê-se que a irregularidade tem o indicativo de ofensa ao instituto do concurso público, o que leva a crer que se trata de transferência para custeio relativamente a pessoal destas entidades, e, no caso em apreço, embora se trate de transferência não coberta pelo manto da legalidade, registra-se que esta Corte possuía entendimento no sentido de que era possível transferência de recursos tão somente por autorização constante da lei orçamentária anual.

Este entendimento evoluiu para se exigir dotação orçamentária e lei genérica quanto aos destinatários e específica quanto à autorização para transferência, observados o art. 16 da lei 4.320/64 e 25 da Lei Complementar 101/2000.

De toda sorte não há demonstração de proveito pessoal do gestor, posto que os valores destinaram-se a entidades sociais, motivo pelo qual deve ser mantida a irregularidade, posto que descumpridos os comandos insertos no art. 16 da lei 4.320/64 e 25 da Lei Complementar 101/2000.

Neste passo, em tendo sido realizado o repasse a organizações sociais, cabe a comprovação dos valores que não foram aplicados por sobreditas organizações, posto ainda que se tenha tido repasse realizado pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Executivo, tal fato que é irregular, não induz automaticamente à devolução dos valores repassados.

A par do que fora exposto, deve **ser mantida a irregularidade**, contudo, deve ser **afastado o ressarcimento** por ausência de comprovação específica de dano, posto que os valores adentraram a

organizações de cunho social, entretanto, deve ser expedida determinação no sentido de que se evite promover o repasse de subvenções, realizando-os tão somente pelo Poder Executivo Municipal, na forma do art. 16 da Lei 4.320/64 e 25 da Lei Complementar 101/2000, com a expedição da determinação respectiva.

6. Quanto aos demais itens 3, 4, 6, 7 e 8, contidos no Acórdão TC 357/2010 e que não foram objetos do recurso interposto.

Verifica-se do caderno processual quanto aos itens 3, 4, 6, 7 e 8, contidos no Acórdão TC 357/2010, estes não foram objeto de recurso pelo ora recorrente, atendo-se tão somente para os itens acima tratados nesta decisão.

Neste aspecto, é sabido que a apreciação do Tribunal levará em conta o limite do pedido do recorrente, o qual requereu pela reforma de parte da decisão atacada, pelo que não poderá haver análise dos outros itens, a menos que se trata de matéria de ordem pública, aferível em grau de recurso dado o efeito translativo de que é inerente, sob pena de o julgador incorrer em um julgamento *ultra petita*.

Neste sentido é o entendimento jurisprudencial, senão vejamos decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, *verbis*:

Ementa: EMENTA Agravos regimentais no recurso extraordinário. IPI. Creditamento. Princípio da não cumulatividade. Inexistência de afronta. Ausência do direito. Precedentes desta Corte. Acórdão mantido quanto aos insumos isentos. **Princípio do tantum devolutum quantum appellatum. Inovação recursal. 1. A regra constitucional da não cumulatividade é direcionada ao crédito do valor cobrado na operação anterior.** 2. Impossibilidade de creditamento em relação a insumo adquirido sob qualquer regime de desoneração, inexistindo dado específico a conduzir ao tratamento diferenciado. 3. Inovação recursal por parte da União. Mantido o acórdão recorrido quanto ao reconhecimento do IPI nas hipóteses de insumos isentos, considerando a não devolução da matéria a esta Corte. Princípio do tantum devolutum quantum appellatum. 4. Agravos regimentais não providos.

[...]

Todavia, a União insurgiu-se tão somente contra o reconhecimento de créditos na aquisição de insumos tributados à alíquota zero ou não tributados, **tendo sido o seu recurso extraordinário provido tão somente nessa parte, em observância ao princípio do tantum devolutum quantum appellatum (fls. 237/238).** Pretende, agora, inovando no regimental, discutir a questão da exclusão do crédito decorrente da aquisição de insumos isentos, a qual foi atingida pela preclusão. Inova, também, quanto à discussão sobre a incidência de correção monetária nos créditos escriturais de IPI, pois não trouxe o tema no seu recurso extraordinário. Ademais, o acórdão recorrido não reconheceu o direito à atualização monetária, falecendo, no particular,



Gabinete do Conselheiro Substituto Marco Antônio da Silva

interesse recursal à União. (AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.318 RIO GRANDE DO SUL RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI)

Deste modo, cabe salientar que a presente decisão se restringe ao enfrentamento dos itens 1, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5 e 5 do Acórdão TC 357/2010, conforme razões antes expendidas.

Por todo o exposto, divergindo em parte da área técnica e o douto Representante do Ministério Público, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** do presente recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Ademar Sebastião Rocha Lima, então Presidente da Câmara Municipal de Vitória, no exercício de 2004, para no mérito, dar-lhe **PARCIAL PROVIMENTO**, para o fim de que seja reformado o v. Acórdão TC 357/2010, afastando-se a irregularidade nele contida, relativa aos item 2.2, bem como afastar apenas o ressarcimento referentes aos itens 1, 2.5 e 5 do Acórdão TC nº 357/2010, com a conseguinte reformulação do valor da multa aplicada para 1.000 VRTE's, mantendo se os demais termos do Acórdão Atacado.

VOTO, ainda, no sentido de que este sejam expedidas as **DETERMINAÇÕES**, a seguir descritas:

a) Observe o gestor, quando das contratações de pessoa física (advogado ou jurídica), **a devida evidenciação da necessidade de contratação de profissional, observando se não há em seus quadros profissionais que o façam**, sob pena de se ter por irregular tais contratações em prestação de contas vindoura.

b) Deixe de promover o repasse de subvenções, posto que se refere a atividade que se adequada às atividades do Poder Executivo, na forma do art. 16 da Lei 4.320/64 e art. 25 da Lei Complementar 101/2000.

VOTO, por fim, após cumpridas as formalidades devidas, em não havendo expediente recursal, sejam encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas para acompanhamento da decisão contida no Acórdão TC nº 357/2010.

É como voto.

Em 22 de julho de 2014

MARCO ANTONIO DA SILVA
Conselheiro Substituto