

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

PROCESSO	TC 8010/2013
ASSUNTO	TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (REPRESENTAÇÃO)
REPRESENTANTE	VARA DE FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E MUNICIPAL E DE REGISTROS PÚBLICOS DE MARATAÍZES
JURISDICIONADO	PREFEITURA MUNICIPAL DE MARATAÍZES
EXERCÍCIOS	2010 E 2011
RESPONSÁVEIS	JANDER NUNES VIDAL (PREFEITO DE MARATAÍZES) VILSIMAR BATISTA FERREIRA (SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO) WESLENE BATISTA GOMES RIBEIRO (ASSESSORA JURÍDICA) MARCOS ROBERTO RAMOS FERREIRA (PREGOEIRO) NUNES E AMARAL ADVOGADOS (CONTRATADA)

Excelentíssimo Senhor Presidente,

Excelentíssimos Senhores Conselheiros,

Excelentíssimo Senhor Representante do Ministério Público Especial de Contas:

I RELATÓRIO

Trata-se de Tomada de Contas Especial convertida de Representação ofertada pela Juíza da Vara de Feitos da Fazenda Pública de Marataízes em que se apuram indícios de irregularidades referentes à contratação celebrada pela Prefeitura de Marataízes e a sociedade Nunes e Amaral Advogados, visando à prestação de serviços de levantamento e recuperação de créditos relativos ao PASEP e a contribuições pagas ao INSS.

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

Encerrada a instrução processual, o NEC, corroborado pelo Ministério Público de Contas, manifestou-se pela procedência da representação e pelo julgamento pela irregularidade das contas, nos termos da ITC 6695/2014:

3 – CONCLUSÃO/PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Levando em consideração as análises aqui procedidas e as motivações adotadas nestes autos, que versam sobre **Tomada de Contas Especial convertida de Representação** realizada na **Prefeitura Municipal de Marataízes** relativa ao Contrato nº 78/2010 com a sociedade Nunes e Amaral Advogados (atual Amaral e Barbosa Advogados), **sugere-se** a manutenção das seguintes irregularidades:

3.1.1 - Contratação indevida de pessoa jurídica para execução de serviço atribuível à competência de servidor público (item 2.1 desta ITC)

Base legal: art. 37, inciso 11, da Constituição Federal, de 5/10/1988

Responsável: Jander Nunes Vidal - Prefeito Municipal

Vilsimar Batista Ferreira – Secretário Municipal de Administração

3.1.2. Licitação com cláusulas restritivas à competitividade do certame (item 2.2 desta ITC)

Base legal: Arts. 3º, inciso 11, e 9º, da lei 10.520, de 17/7/2002 c/c art. 3º, §1º, inciso I, da lei 8.666, de 21/6/93

Responsável: Jander Nunes Vidal – Prefeito Municipal

Marcos Roberto Ramos Ferreira – Pregoeiro

Weslene Batista Gomes Ribeiro – Assessora Jurídica

3.1.3. Descumprimento de edital beneficiando a empresa contratada (item 2.3 desta ITC)

Base legal: art. 37, caput, da Constituição Federal (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e isonomia); arts. 3º e 41 da lei 8.666/93 (princípio da vinculação ao instrumento convocatório); arts. 4º, inciso III, e 9º da lei 10.520/02

Responsável: Jander Nunes Vidal – Prefeito Municipal

Vilsimar Batista Ferreira – Secretário Municipal de Administração

3.1.4. Assinatura indevida de contrato vinculado à obtenção de êxito (contrato de risco) e ausência de interesse público na contratação (item 2.4 desta ITC)

Base legal: art. 32, caput, da Constituição Estadual, de 5/10/89 c/c arts. 54, § 1º, e 55, inciso III, da lei 8.666/93

Responsáveis: Jander Nunes Vidal – Prefeito Municipal

Vilsimar Batista Ferreira – Secretário Municipal de Administração

3.1.5. Pagamento antecipado de despesa sem o efetivo reconhecimento da compensação pelo órgão fazendário (item 2.5 desta ITC)

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

Base legal: arts. 62 e 63 da lei 4.320, de 17/3/64, c/c cláusula terceira do contrato 78/10 e arts. 65, inciso 11, alínea "c", e 66 da lei 8.666/93

Responsáveis: Jander Nunes Vidal – Prefeito Municipal

Vilsimar Batista Ferreira – Secretário de Administração

Nunes e Amaral Advogados (atual Amaral e Barbosa Advogados – contratada

Ressarcimento: R\$ 96.000,00, equivalente a 47.823,05 VRTE.

3.2 – Posto isso e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Res. TC 261/13, conclui-se, **opinando** por **rejeitar as razões de justificativas e julgar irregulares as contas de:**

3.2.1. Jander Nunes Vidal – Prefeito, no exercício de 2010, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, em razão do cometimento de infração que causou dano injustificado ao erário dispostas nos **item 3.1.5** desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao **ressarcimento solidário** com Vilsimar Batista Ferreira e Nunes e Amaral Advogados (atual Amaral e Barbosa Advogados), do valor de **R\$ 96.000,00 equivalente a 47.823,05 VRTE** ao erário municipal, bem como pela prática de atos ilegais, presentificada nos itens **3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 e 3.1.4**, todos dessa ITC, aplicando-lhe **multa individual** em razão de todas as irregularidades, com amparo no art. 62 c/c art. 96, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação mais favorável ao responsável e aplicável à época dos fatos apurados;

3.2.2. Weslene Batista Gomes Ribeiro - Assessora Jurídica e **Marcos Roberto Ramos Ferreira** – Pregoeiro, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c” e “d” da Lei Complementar 621/2012, em razão do cometimento da infração disposta no **item 3.1.2** desta Instrução Técnica Conclusiva, aplicando-lhes **multa individual** com amparo no art. 62 c/c art. 96, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação mais favorável ao responsável e aplicável à época dos fatos apurados;

3.2.3 Vilsimar Batista Ferreira – Secretário de Administração, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, em razão do cometimento de infração que deu causa a dano injustificado ao erário disposta no **item 3.1.5** desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-o ao **ressarcimento solidário** com Jander Nunes Vidal e Nunes e Amaral Advogados (atual Amaral e Barbosa Advogados), do valor de **R\$ 96.000,00 equivalente a 47.823,05 VRTE** ao erário municipal, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e” da Lei Complementar 621/2012, aplicando-lhe **multa individual** em razão destas e das irregularidades dispostas nos itens **3.1.1, 3.1.3 e 3.1.4**, com amparo no art. 62 c/c art. 96, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação mais favorável ao responsável e aplicável à época dos fatos apurados;

3.2.4 Nunes e Amaral Advogados (atual Amaral e Barbosa) – Contratada, com amparo no artigo 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

da Lei Complementar 621/2012, em razão do cometimento de infração que deu causa a dano injustificado ao erário disposta no **item 3.1.5** desta Instrução Técnica Conclusiva, condenando-a ao **ressarcimento solidário**, com Jander Nunes Vidal e Vilsimar Batista Ferreira, do valor de **R\$ 96.000,00 equivalente a 47.823,05 VRTE** ao erário municipal, sugerindo, ainda, a **aplicação de multa** à entidade e sua **declaração de inidoneidade**, com amparo no art. 62 c/c art. 96, inciso II, ambos da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação mais favorável ao responsável e aplicável à época dos fatos apurados;

3.3 Sugere-se, ante a ausência de resposta até o momento, a **reiteração do ofício à Receita Federal**, para que informe se houve homologação quanto às compensações a título de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios dos agentes políticos no período de 01/1998 a 09/2004 realizadas pela Prefeitura da Marataízes, bem como se, caso tenham sido negadas, se houve imputação de multa e juros.

3.4 Por fim, **sugere-se** que seja dada **ciência ao Representante** do teor da Decisão final a ser proferida por este Egrégio TCEES, conforme preconiza o art. 307, § 7º, da Res. TC 261/2013.

II FUNDAMENTAÇÃO

Examinando os autos, verifico que o mesmo se encontra devidamente instruído, portanto, apto à apreciação de mérito, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais. Passo, portanto, à análise pormenorizada de cada indício apontado pela área técnica.

II.2.1 Contratação indevida de pessoa jurídica para execução de serviço atribuível à competência de servidor público

Base Legal: art. 37 inciso II da Constituição Federal

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito Municipal)

Vilsimar Batista Ferreira (Secretário Municipal de Administração)

Conforme narrado pela área técnica, a Prefeitura de Marataízes contratou empresa visando à recuperação administrativa e judicial de créditos tributários decorrentes de contribuições indevidamente recolhidas ao INSS, terceirizando atribuições atinentes a competências de servidor público efetivo e incorrendo em possível burla à regra constitucional do concurso público (Contrato 78/2010).

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

A respeito do apontamento, o Prefeito e o Secretário Municipal de Administração, responsável por requisitar os serviços, afirmaram que a contratação da assessoria se enquadrava na hipótese legal de serviço técnico especializado de natureza singular e pretenderam justificá-la, alegando que, à época, o Executivo não dispunha de servidor efetivo na Procuradoria Municipal e que era iminente a prescrição daqueles créditos tributários.

Em análise conclusiva, o NEC entendeu que os serviços contratados não demandavam a presença de mão de obra especializada, mesmo porque, a sinalização da existência de créditos tributários decorreu de reconhecimento expresso do próprio Ministério da Previdência Social que, inclusive, disciplinou o procedimento exigido para a retomada dos valores (Portaria MPS 133/2006).

Quanto a esse fato, os gestores alegaram que, embora a questão tivesse sido regulamentada, ainda assim havia óbices à compensação tributária. No entanto, o corpo técnico bem asseverou que não foi demonstrada qualquer tentativa prévia administrativa ou judicial, frustrada ou não, tida por parte da Municipalidade no sentido de buscar a restituição ou a compensação de valores antes de realizar a licitação.

Inicialmente, cumpre-me esclarecer que, por meio dos serviços contratados, a Prefeitura de Marataízes pretendeu a compensação de créditos tributários decorrentes do pagamento de contribuição previdenciária recolhida ao INSS sobre a remuneração dos exercentes de mandato eletivo não vinculados a regime próprio de previdência social.

Tal cobrança teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário 351.717-1-Paraná, ensejando a suspensão pelo Senado Federal da execução da alínea *h*, do inciso I, do art. 12, da Lei Federal 8.212/91, que previa a incidência do tributo (Resolução 26/2005).

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

Diante desse fato, o Ministério da Previdência Social expediu a Portaria MPS 133/2006, determinando o cancelamento e a retificação dos débitos oriundos da dita contribuição (art. 2º), bem como autorizando a compensação / restituição mediante a retificação de Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social, observando-se o prazo prescricional previsto em lei (art. 4º).

Chamo a atenção para o fato de que, em nenhum momento, o Órgão Previdenciário condicionou a devolução ou a compensação de valores à interposição de ação judicial ou, mesmo administrativamente, à representação por advogado ou mesmo, não houve qualquer tentativa prévia e infrutífera da municipalidade em reaver os valores por seus próprios meios.

Quanto a isso, a Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Marataízes, signatária desta representação, destacou (fls. 219-v – 221):

[...] O que causa estranheza é que o montante não mais se submetia à discussão alguma, seja no âmbito administrativo ou judicial, e a própria União já teria se posicionado em favor da compensação dos valores em fase precedente à licitação e à contratação.

[...] descortina-se a seguinte situação: um crédito incontroverso, ao final, verificado no importe de R\$ 734.476,33, seguido de um ato normativo do MPS explicando, na sua integralidade, a forma como os valores poderiam ser compensados ou restituídos e, ainda, a existência de uma Procuradoria Jurídica no município que, certamente, teria condições de seguir as orientações exaustivamente dadas pelo MPS e buscar a devolução do indébito. Este é o quadro fático que antecedeu a contratação do réu.

Diante da incontrovérsia do indébito tributário e da disciplina dada pelo MPS ao procedimento exigido para a retomada dos valores, parece-me, no mínimo, discutível a necessidade de contratação de uma sociedade de advogados para prestar serviço técnico, administrativos e judiciais, especializados em recuperação de créditos, ato aparentemente simplório e que poderia ter sido feito pelo próprio corpo jurídico municipal.

A propósito, de acordo com fls. 175/186, a compensação dos valores ocorreu de modo administrativo, assim como disciplinado na Portaria do Ministério da Previdência Social, não tendo sido implementada qualquer conduta estranha aos comandos disponibilizados pelo órgão credor que exigisse uma contratação de ente externo aos quadros do município.

A ação judicial, indicada à fl. 187, foi ajuizada pelo contratado e versou acerca de outros temas de direito tributário, os quais nada trouxeram de benefício ao ente municipal, inclusive sua improcedência foi confirmada em segunda instância pelo TRF1 com base em jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores [...].

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

Diante dessas particularidades, verifico a existência de indícios de prática de ato de improbidade administrativa, [...]

Insta, também, esclarecer que a Municipalidade, ainda que não contasse com servidores efetivos nos quadros de sua Procuradoria como aduziu a tese de defesa, dispunha de assessoria jurídica formada sob o vínculo comissionado, além de contar com setor administrativo/financeiro que poderia conferir o suporte necessário à empreitada e apurar, nos registros e em folhas de pagamento passadas, o montante recolhido a título de contribuição previdenciária dos exercentes de mandato eletivo municipal.

Assim, corroboro os termos da manifestação técnica, pois, ainda que a defesa tenha pretendido demonstrar que os serviços contratados denotavam especialização ou complexidade, não teve êxito em fazê-lo, em especial por que remanesceu aos gestores justificar a incapacidade ou incompetência do seu quadro próprio de pessoal para atender ao claro e sucinto procedimento proposto pela Portaria MPS 133/2006.

Assim, entendo que o senhor Jander Nunes Vidal, Prefeito de Maratáizes, e o senhor Vilsimar Batista Ferreira, Secretário Municipal de Administração no exercício de 2010, devem ser pessoalmente responsabilizados, frisando que o resultado ilícito apurado foi decorrência direta da conduta praticada por ambos, não tendo sido identificadas causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade ou de punibilidade.

II.2.2 Licitação com cláusulas restritivas à competitividade do certame

Base Legal: Art. 3º inciso II e art. 9º, da Lei 10.520/2002 c/c art. 3º §1º inciso I da Lei 8.666/93

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito Municipal)

Marcos Roberto Ramos Ferreira (Pregoeiro)

Weslene Batista Gomes Ribeiro (Assessora Jurídica)

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

A fim de viabilizar a contratação tratada no item anterior, o Município exigiu, sem motivação, como requisito de habilitação dois atestados de capacidade técnica, além da comprovação de advogado com vínculo empregatício ou componente dos quadros societários, em virtude do que se imputou possível restrição ao caráter competitivo da licitação (item 13.2.3. letras *a* e *b*, Edital de Pregão 8/2010).

O senhor Jander Nunes Vidal não se manifestou sobre o ponto. Todavia, aproveitam-lhe as defesas do senhor Marcos Roberto Ramos Ferreira, Pregoeiro, e da senhora Weslene Batista Gomes Ribeiro, Assessora Jurídica, que alegaram não haver prova da restrição à competição, já que não houve impugnação ao edital, acrescentando que a Administração visou à qualidade da prestação dos serviços.

Sobre o tema, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pacífica e reiterada em confirmar a ilegalidade da exigência de vínculo empregatício ou societário como requisito para habilitação, como se vê nos seguintes julgados transcritos na manifestação técnica: Acórdão 170/2007 – Plenário - Rel. Min. Valmir Campelo (DOU 16.02.2007); Acórdão 772/2009 – Plenário - Rel. Min. Aroldo Cedraz (DOU 27.04.2009); e Acórdão 1.842/2013 – Plenário - Rel. Min. Ana Arraes (DOU 22.07.2013).

Considerando que a defesa dos agentes não conseguiu demonstrar a razão das exigências, o NEC reconheceu a prática de ato ilegal consubstanciado na exigência editalícia de condição restritiva à competitividade do Pregão 8/2010, direcionando a responsabilidade aos agentes epigrafados.

No entanto, cumpre-me discordar do entendimento técnico, pois do acervo probatório trazido aos autos não é possível identificar o nexo de causalidade entre as condutas praticadas pelo então Prefeito e pela assessora jurídica e o resultado ilícito diagnosticado.

Nos termos da ITI 147/2014, a possibilidade de responsabilização do Prefeito decorreria da conduta de “fiscalizar deficientemente seus subordinados” e, nessa

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

linha, penso não ser exigível conduta diversa da tida pelo gestor, já que a alteração editalícia da qual resultou a inserção da cláusula decorreu de pedido de esclarecimentos feito por uma das empresas licitantes que inclusive sugeriu a inclusão da exigência (fls. 126 e ss.).

Em relação à conduta imputada à assessora jurídica, de ter emitido parecer pela aprovação do edital, constatei que não foi dado parecer jurídico algum acerca da alteração promovida, o que inviabiliza a responsabilização da senhora Weslene Batista Gomes Ribeiro (vide CD-ROM – fl. 241).

Ressalto que o parecer por ela subscrito refere-se à fase posterior à abertura e julgamento das propostas, quando a assessora manifestou-se pela regularidade do procedimento licitatório, não tendo se pronunciado a respeito da aprovação do edital e alterações posteriores.

Sendo assim, encampo o entendimento técnico quanto à existência do ato ilegal, mas atribuo a responsabilidade exclusivamente ao então Pregoeiro, senhor Marcos Roberto Ramos Ferreira, por incluir indevidamente no edital do Pregão 8/2010 cláusulas restritivas da competitividade do certame.

II.2.3 Descumprimento de edital beneficiando a empresa contratada

Base Legal: art. 37 da Constituição Federal (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e isonomia); artigos 3º e 41 da Lei 8.666/93 (princípio da vinculação ao instrumento convocatório); artigos 4º inciso III e 9º da Lei 10.520/02

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito Municipal)

Vilsimar Batista Ferreira (Secretário Municipal de Administração)

Constatou-se que ao assinar o termo contratual decorrente do Pregão 8/2010, a Prefeitura de Marataízes alterou as condições de pagamento, beneficiando a

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

contratada, afrontando princípios como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, isonomia e de vinculação ao instrumento convocatório.

Enquanto a minuta do contrato previa que os pagamentos seriam efetuados proporcionalmente aos valores recuperados pela Municipalidade após o trânsito em julgado da decisão judicial que reconhecesse o direito ao crédito tributário, o termo efetivamente celebrado possibilitou à contratada a remuneração mensal após a solicitação administrativa de compensação de créditos tributários junto ao INSS, já que excluiu a cláusula condicionante que constava da minuta (fls. 272 e 290).

Os senhores Jander Nunes Vidal e Vilsimar Batista Ferreira, respectivamente Prefeito e Secretário de Administração signatários do contrato, aduziram que a Prefeitura optou pela recuperação dos valores na via administrativa, pois assim permitia o objeto do contrato.

Alegou-se ainda que, no início das compensações administrativas, foi ajuizada ação judicial, mas que não se aguardou seu trânsito em julgado devido ao longo período de duração do processo.

A área técnica, contudo, esclareceu que os argumentos aventados não retratam fato superveniente excepcional que justificasse a alteração dos termos contratuais em relação à minuta.

Ademais, o edital havia deixado inequívoca a necessidade de decisão judicial transitada em julgado para a efetivação dos pagamentos, além de exigir a prestação de serviços judiciais e, devo lembrar, a comprovação de advogado contratado ou sócio – como visto no item anterior –, requisitos agora prescindíveis diante da novel possibilidade inaugurada pelo termo contratual.

Cumpram-me acrescentar que a alteração inserida no Contrato 78/2010 certamente seria mais atrativa e ampliaria o universo de licitantes se estivesse prevista desde o início do procedimento e, tendo sido intempestiva, revelou-se medida ilegal e anti-

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

isonômica, só tendo se prestado a reforçar o caráter dispensável da contratação promovida pelo Pregão 8/2010, já que requerimentos de compensação / restituição pela via administrativa independem de ser formulados por advogado.

Como resultado desta medida ilegal, o valor contratado foi adimplido em menos de um ano da assinatura do contrato, já que deixou de se exigir o caráter de definitividade outorgado pelo trânsito em julgado, resultado inicialmente previsto que condicionava o pagamento proporcional aos valores efetivamente recuperados pela Municipalidade (Data da assinatura do contrato 16/04/2010. Último pagamento em 28/03/2011).

Ressalto que a alteração foi adotada pessoal e conjuntamente pelo Prefeito e pelo Secretário de Administração sem qualquer motivação nos autos ou pronunciamento jurídico nesse sentido (vide CD-ROM – fl. 241).

Assim, neste caso, não é possível sequer reconhecer qualquer excludente de ilicitude – a exemplo do fato de terceiro –, ou mesmo de culpabilidade, já que ambos se distanciaram da boa-fé, não tendo incorrido em erro de fato ou de direito. Como visto, agiram voluntariamente e em evidente afronta a princípios constitucionais e legais que devem nortear as contratações no âmbito do Direito Administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, isonomia e vinculação ao instrumento convocatório.

Destarte, inexistindo no contexto narrado elementos que afastem a ilicitude do ato praticado ou isentem os agentes de pena, encampo o posicionamento técnico para condenar os signatários do Contrato 78/2010 pela prática deste ato ilegal e, desde já, ressalto o alto grau de culpabilidade dos responsáveis e a gravidade de sua conduta que repercutiu como fator determinante à ocorrência do dano apurado no item II.2.5, como se verá.

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

II.2.4 Assinatura indevida de contrato vinculado à obtenção de êxito (contrato de risco) e ausência de interesse público na contratação

Base Legal: art. 32 da Constituição Estadual c/c artigos 54 §1º e 55 inciso III da Lei 8.666/93

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito Municipal)

Vilsimar Batista Ferreira (Secretário Municipal de Administração)

A área técnica entendeu que o contrato celebrado pelo Município de Marataízes foi vinculado à obtenção de êxito, contrariando ditames pertinentes ao regime jurídico de direito administrativo a que está sujeita à Administração Pública.

Assim, em extensa e minuciosa fundamentação, o NEC confirmou a irregularidade, imputando-a à responsabilidade do Prefeito e do Secretário de Administração, signatários da avença, afastando, contudo, o dever de ressarcimento em função deste tópico.

Como se depreende do contexto probatório, o Contrato 78/2010, tendo em vista os termos inicialmente propostos pela minuta, assumiu feição de contrato de êxito ao condicionar os pagamentos ao resultado favorável e definitivo a ser experimentado pela Municipalidade, conforme constava do §2º, de sua cláusula terceira (fl. 290).

Apesar da alteração indevidamente promovida (fl. 272), que extirpou a necessidade do trânsito em julgado da decisão que reconhecia o direito do Município, manteve-se a regra que atrelava proporcionalmente o valor total contratado ao valor efetivamente recuperado pelo Ente, o que revela a natureza de obrigação de resultado. Sendo assim, pelos fundamentos adotados pelo NEC, entendo que a irregularidade está confirmada.

Entretanto, quanto à alegação de ausência de interesse público na contratação, também tratada neste item, penso tratar-se de repetição do contexto já abordado no item II.2.1 deste voto, uma vez que os argumentos da área técnica resumem-se à

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

desnecessidade da contratação, já que os serviços poderiam ter sido realizados por servidores públicos municipais e não se demonstrou qualquer tentativa prévia, administrativa ou judicial, frustrada ou não, tida por parte da Municipalidade no sentido de buscar a restituição ou a compensação de valores antes de realizar a licitação.

II.2.5 Pagamento antecipado de despesa sem o efetivo reconhecimento da compensação pelo órgão fazendário

Base Legal: artigos 62 e 63 da Lei 4.320/64 c/c cláusula terceira do Contrato 78/10 e art. 65 inciso II alínea "c" e art. 66 da Lei 8.666/93.

Responsáveis: Jander Nunes Vidal (Prefeito Municipal)

Vilsimar Batista Ferreira (Secretário de Administração)

Nunes e Amaral Advogados (Empresa contratada)

Como visto no item II.2.3, apesar de a minuta contratual constante do edital do Pregão 8/2010 dispor que o pagamento seria proporcional à efetiva recuperação de valores pelo Município, o Contrato 78/2010 passou a dispor de maneira diversa, assegurando à contratada a remuneração mensal após a mera solicitação administrativa junto ao INSS.

Aliado a isso, em incursão jurisdicional, o Município não logrou êxito em ver compensados os créditos alegados, já que o juízo reconheceu a prescrição e extinguiu o processo com julgamento de mérito, tendo sido tal decisão confirmada em sede recursal (Processo 27548-68.2010.4.01.3400ⁱ - Seção Judiciária do Distrito Federal – 5ª Vara federal).

A defesa dos citados, embora admita os fatos narrados, alega que os serviços foram prestados e estavam respaldados em jurisprudência da época que, posteriormente, foi reformulada para reconhecer a prescrição dos créditos tributários de titularidade do Município, de modo que a contraprestação era devida pela Administração e,

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

contrariando os termos editalícios, afirmou que a obrigação era de meio e não de resultado.

Tendo em vista que o Contrato previu em sua cláusula terceira que o valor pactuado corresponderia a 14% do valor efetivamente recuperado, a área técnica rejeitou a tese de defesa e concluiu tratar-se de avença sujeita ao resultado favorável à Administração de obter a recuperação/compensação dos créditos.

Sendo assim, o NEC entendeu terem sido precipitados os pagamentos à contratada, implicando o descumprimento do Edital de Pregão 8/2010 e do Contrato 78/2010 e a consequente responsabilização solidária dos gestores e da Contratada pela prática de ato ilegal do qual resultou dano ao erário municipal.

Diante desse cenário, coaduno do entendimento técnico e friso, em especial, a desnecessidade dos serviços contratados, conforme já abordado no primeiro item deste voto, situação que se vê agravada ante a prescrição dos créditos invocados pela Municipalidade, o que inclusive ensejou sua oneração com o pagamento de honorários sucumbenciais, fato que teria sido evitado se não houvesse sido promovida a alteração ilícita da forma de pagamento inicialmente prevista.

Destarte, confirmo a irregularidade e voto por que sejam condenados em solidariedade os senhores Jander Nunes Vidal e Vilsimar Batista Ferreira, já que celebraram o indigitado contrato em desacordo com sua minuta, ensejando a liquidação inadequada dos serviços pelo citado Secretário, bem como o ordenamento de pagamentos indevidos pelo Prefeito. Em outras palavras, a irresponsável decisão destes agentes levou o Município a pagar por algo que jamais receberia: créditos prescritos. Situação agravada pelo fato de que tais pagamentos não estavam sequer autorizados a ser feitos pelos termos editalícios.

Assim, ressalto que o Prefeito e o Secretário de Administração de Marataízes incorreram não apenas em erro grosseiro ao agirem com absoluta falta de cautela ao contrariar a letra fria da Lei 8.666/93, o que se mostra injustificável ao homem-

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

médio e revela o potencial conhecimento da ilicitude.

Ao se aventurarem além dos liames da culpa, assumiram, em atitude consciente, o risco de produzir o resultado ilícito que, neste caso, ocasionou dano ao erário municipal, sendo imperioso reconhecer o dolo eventual na conduta destes agentes.

Da mesma forma, deve ser responsabilizada a pessoa jurídica contratada, pois ao sagrar-se vencedora do Pregão 8/2010 e apesar de ciente dos termos ofertados pelo respectivo edital, mesmo assim, acordou contrariamente ao que inicialmente havia aderido, obtendo o proveito econômico do ilícito, em detrimento do patrimônio público.

Logo, voto por que sejam condenados os senhores Jander Nunes Vidal e Vilsimar Batista Ferreira e a sociedade Nunes e Amaral Advogados (atualmente designada Amaral e Barbosa Advogados) ao ressarcimento em solidariedade de quantia equivalente a 47.823,05 VRTE, além do pagamento de multa e, no caso dos agentes públicos, senhores Jander Nunes Vidal e Vilsimar Batista Ferreira, também à pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança pelo prazo de 3 anos, nos termos do art. 99, da Lei Complementar Estadual 32/1993.

A respeito da sugestão firmada pela área técnica no sentido de declarar a inidoneidade da empresa contratada, deixo de acatá-la por entender que tal sanção não estava devidamente prevista na legislação da época ante a ausência de parâmetros temporais para sua aplicação, apesar de genericamente constar do inciso XXIV, do art. 1º, da LC 32/1993, como sendo uma das competências desta Corte.

III CONCLUSÃO

Pelo exposto, com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), **VOTO**, divergindo parcialmente da Instrução Técnica Conclusiva ITC 6695/2014:

1. Preliminarmente, pela conversão do feito em **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**, conforme preconiza o art. 57, inciso IV, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES);

2. Quanto ao mérito e com fulcro no art. 207, §3º, do Regimento Interno, **ACOLHER** as razões das justificativas apresentadas pelo senhor **Jander Nunes Vidal** em relação ao item II.2.2 (Licitação com cláusulas restritivas à competitividade do certame); e pela senhora **Weslene Batista Gomes Ribeiro** em relação ao item II.2.2 (Licitação com cláusulas restritivas à competitividade do certame);

3. Com base no §4º, do art. 207, do Regimento desta Casa, **REJEITAR** as razões das justificativas apresentadas pelos senhores **Jander Nunes Vidal** e **Vilsimar Batista Ferreira** quanto às irregularidades tratadas nos itens II.2.1 (Contratação indevida de pessoa jurídica para execução de serviço atribuível à competência de servidor público), II.2.3 (Descumprimento de edital beneficiando a empresa contratada) e II.2.4 (Contrato vinculado à obtenção de êxito), condenando-os ao pagamento de **MULTA INDIVIDUAL** de **5.000 VRTE** em relação ao item II.2.1, de **10.000 VRTE** em relação aos itens II.2.3 e de **1.000 VRTE** em relação ao item II.2.4, conforme preleciona a legislação vigente à época dos fatos, em especial o artigo 96 da Lei Complementar Estadual 32/93 e art. 166 da Resolução TC 182/2002;

4. Com base no mesmo dispositivo, **REJEITAR** as razões das justificativas apresentadas pelo senhor **Marcos Roberto Ramos Ferreira** quanto à irregularidade tratada no item II.2.2 (Licitação com cláusulas restritivas à competitividade do certame), condenando-o ao pagamento de **MULTA** de **1.000 VRTE** conforme preleciona a legislação vigente à época dos fatos, em especial o artigo 96 da Lei Complementar Estadual 32/93 e art. 166 da Resolução TC 182/2002;

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

5. Em relação à irregularidade tratada no item II.2.5 (Pagamento antecipado de despesa sem o efetivo reconhecimento da compensação pelo órgão fazendário), **JULGAR IRREGULARES** as contas dos senhores **Jander Nunes Vidal** e **Vilsimar Batista Ferreira** e da sociedade **Nunes e Amaral Advogados, atualmente denominada Amaral e Barbosa Advogados**, tendo em vista a prática de ato ilegal que ocasionou prejuízo ao erário municipal, nos termos da alínea “e”, do inciso III, do art. 84, da Lei Complementar Estadual 621/2012, condenando-os ao **RESSARCIMENTO EM SOLIDARIEDADE** de quantia equivalente a **47.823,05 VRTE**, em conformidade com os artigos 62 da Lei Complementar Estadual 32/93, além do pagamento de **MULTA INDIVIDUAL DE 11.000,00 VRTE** e, no caso dos agentes públicos, senhores **Jander Nunes Vidal** e **Vilsimar Batista Ferreira**, também à **PENA DE INABILITAÇÃO** para o exercício de cargo em comissão e função de confiança pelo **PRAZO DE 3 ANOS**, nos termos do art. 99, da Lei Complementar Estadual 32/1993;

6. Considerando que os fatos tratados nestes autos dão conta da prescrição de créditos tributários de titularidade do Município de Maratáizes da ordem de mais de R\$ 700 mil reais e cuja compensação / restituição poderia ter sido promovida desde maio de 2006, **DETERMINAR** ao Chefe do Executivo Municipal a adoção de **medidas administrativas** necessárias à elisão do dano e, subsidiariamente, caso tais providências restem infrutíferas, a instauração de **Tomada de Contas Especial**, nos termos da Instrução Normativa TC 32/2014, levando em conta todos os agentes que, nesse período, por conduta omissiva deram causa ao resultado ilícito que ocasionou prejuízo aos cofres municipais;

7. Por que seja **NOTIFICADO** o Órgão de Controle Interno Municipal para acompanhamento da referida apuração, manifestando-se através de relatórios, auditorias, inspeções, pareceres e/ou outros pronunciamentos voltados a identificar e sanar as possíveis irregularidades;

GABINETE DO CONSELHEIRO RODRIGO CHAMOUN

8. Tendo em vista o contexto de irregularidades delineado nestes autos, **REMETER AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** cópia da Instrução Técnica Conclusiva ITC 6695/2014, do Parecer Ministerial, deste Voto e da Decisão proferida, para as finalidades previstas no artigo 163, §8º, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES); e

9. Dê-se **CIÊNCIA** à Vara da Fazenda Pública de Marataízes e, ao final, **ARQUIVE-SE** o feito.

Em 21 de julho de 2015.

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro

http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=13bba4700c79d36dee6974be0ae72a2f&trf1_captcha=yg5w&enviar=Pesquisar&proc=275486820104013400&secao=DF