



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**, pelo Procurador abaixo subscrito, vem, tempestivamente, à presença de V. Ex^a., com fulcro no art. 130 da Constituição Federal c/c art. 3º, inciso III, da LC n. 451/08 e art. 152, inciso I, da LC n. 621/12, inconformado com o Acórdão TC-798/2017 – Segunda Câmara, propor o presente

RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

Em vista das razões anexas, requerendo após o cumprimento das formalidades legais e regimentais, seja o presente submetido à apreciação do egrégio Plenário, na forma do art. 9º, inciso XIII, do RITCEES.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 22 de setembro de 2017.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
PROCURADOR-GERAL EM SUBSTITUIÇÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

Processo TC: 1513/2014 (TC-4853/2011 – apenso)
Acórdão: TC-798/2017 – SEGUNDA CÂMARA

**EGRÉGIO TRIBUNAL,
EMINENTES CONSELHEIROS,**

I – BREVE RELATO

Esse egrégio Tribunal de Contas, por meio do v. Acórdão **TC-798/2017 – Segunda Câmara**, exarado nos autos do processo TC-1513/2014, julgou **regular com ressalva** a Prestação de Contas da Câmara Municipal de Ecoporanga, sob responsabilidade de **DENIVALDO ALVES CALDEIRA**, exercício de 2010, nos termos do voto do Conselheiro-Relator, Domingos Augusto Taufner, ora transcrito (trechos):

[...]

Ante ao exposto, acompanhando parcialmente o entendimento exarado pela Área Técnica e divergindo do entendimento do Ministério Públicos Especial de Contas,
VOTO

1. JULGAR REGULARES COM RESSALVA as contas da Câmara Municipal de Ecoporanga, sob a responsabilidade do **Denivaldo Alves Caldeira**, Presidente da Câmara Municipal, relativo ao exercício de 2010, processo TC 1513/2011 (PCA/2010)

2. Quanto ao Processo TC 4853/2011 (Relatório de Auditoria Ordinária) no sentido de que o Egrégio Plenário desta Corte de Contas, delibere por:

2.1.**Acompanhar** o entendimento da equipe técnica e do Ministério Público de Contas e;

2.1.1. Acolher as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e da **Sra. Sirlene Leite da Costa** e afastar a irregularidade descrita no item 4.1.1.1.a da ITC - Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas, em afronta ao artigo 22, §3º e §7º, da Lei 8.666/93;

2.1.2. Acolher as razões de justificativas do **Srs. Denivaldo Alves Caldeira e Fábio Machado Costa** e afastar a irregularidade descrita no item 4.1.1.4.a da ITC - Liquidação irregular de despesa e consequente pagamento sem a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

efetiva comprovação da contraprestação, por descumprimento ao artigo 63, §2º, inciso III, da Lei 4.320/64;

2.1.3. Rejeitar as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.7 da ITC - Ausência de representante da Administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual, por inobservância ao artigo 67, da Lei 8.666/93;

2.1.4. Rejeitar as razões de justificativas do **Sr. Elias Tavares** e das pessoas jurídicas **G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda** e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.8 da ITC - Ausência de competição no certame licitatório, em afronta ao artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, aos princípios da moralidade e da isonomia e aos artigos 3º, caput e 22, §3º e §7º; da Lei 8.666/93;

2.1.5. Aplicar multa pecuniária no valor de 1.000,00 VRTE aos **Srs. Elias Tavares** e às pessoas jurídicas **G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda.**, na medida de suas responsabilidades, nos termos do art. 96, II da Lei Complementar nº. 32/1993, legislação vigente à época dos fatos, por ser tratar de pretensão punitiva.

2.1.6. Recomendar ao atual gestor da Câmara Municipal de Ecoporanga e aos membros da Comissão Permanente de Licitação, Pregoeiro e Equipe de Pregão, que atentem, em casos análogos, para o teor do §7º, do art. 22, da Lei 8.666/93;

2.1.7. Recomendar à atual gestão da Câmara Municipal de Ecoporanga, para que promova a avaliação de seu quadro de procuradores e assessores jurídicos e demais servidores, aferindo a compatibilidade entre a quantidade de cargos e a projeção da demanda, com vistas à adequação e suficiência de recursos humanos no Órgão, sem olvidar-se do princípio do concurso público, tendo em vista o item 4.1.1.9 da ITC.

2.2. Divergir do entendimento da equipe técnica e do Ministério Público de Contas em relação ao Processo TC 4853/2011 e:

2.2.1. Acolher parcialmente as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e da **Sra. Sirlene Leite da Costa** e manter a irregularidade no item 4.1.1.1.b da ITC – Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas, em afronta ao artigo 22, §3º e §7º, da Lei 8.666/93;

2.2.2. Acolher parcialmente as razões de justificativas dos **Srs. Denivaldo Alves Caldeira e Nestor Amorim Filho** e da **Sra. Sirlene Leite da Costa** e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.3 da ITC - Previsão editalícia restritiva da competitividade, em inobservância ao artigo 3º, caput e §1º, da Lei 8.666/93;

2.2.3. Acolher as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e afastar irregularidade e o ressarcimento descritos no item 4.1.1.4.b da ITC - Liquidação irregular de despesa e consequente pagamento sem a efetiva



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

comprovação da contraprestação, por descumprimento ao artigo 63, §2º, inciso III, da Lei 4.320/64;

2.2.4. Acolher as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves** e afastar a irregularidade descrita no item 4.1.1.5 da ITC - Ausência de publicação do resumo do instrumento contratual, em afronta ao artigo 61, parágrafo único, da Lei 8.666/93 (item 4.1.1.5, desta ITC);

2.2.5. Acolher as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e da **Sirlene Leite da Costa** e afastar a irregularidade descrita no item 4.1.1.6 da ITC - Inexistência de pesquisa para definição do preço de mercado, por descumprimento ao artigo 43, inc. IV, da Lei 8.666/93;

2.2.6. Acolher as razões de justificativas do **Srs. Denivaldo Alves Caldeira** e afastar a sua responsabilidade quanto a irregularidade descrita no item 4.1.1.8 da ITC - Ausência de competição no certame licitatório, em afronta ao artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, aos princípios da moralidade e da isonomia e aos artigos 3º, caput e 22, §3º e §7º; da Lei 8.666/93;

2.2.7. Acolher as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e afastar a irregularidade descrita no item 4.1.1.9 da ITC - Terceirização de serviços permanentes e essenciais atribuíveis às competências de servidores públicos, configurando descumprimento ao regramento constitucional do concurso público, por descumprimento ao artigo 37, inciso II da Constituição da República Federativa do Brasil;

2.2.8. Acolher as razões de justificativas do **Sr. Denivaldo Alves Caldeira** e afastar a irregularidade descrita no item 4.1.1.10 da ITC - Substituição de mão-de-obra não contabilizada como despesas de pessoal, por inobservância ao artigo 18, §1º, da Lei Complementar 101/2000 c/c com o Plano de Contas contido no Anexo I da Resolução TC-174/2002;

2.2.9. Deixar de aplicar a sanção de **declaração de inidoneidade** às empresas **G F Limpeza em Geral Ltda.** e **R V Vigilância Ltda.**

O Acórdão objurgado veicula, portanto, manifestação **contrária às provas dos autos e ao ordenamento jurídico**, razão pela qual se insurge esse órgão do Ministério Público de Contas.

II – DO CABIMENTO, DA LEGITIMIDADE E DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Preceitua o art. 164 da LC n. 621/12 que *“de decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar”*.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

De seu turno, dispõe o art. 157 da LC n. 621/12 que **“o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso”**, iniciando-se sua contagem com a entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único).

Assim, denota-se à fl. 249 que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público no dia 01/09/2017 (sexta-feira). Logo, a contagem do prazo para a interposição do recurso de reconsideração iniciou-se no dia **04.09.2017**.

Perfaz-se tempestivo, portanto, o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

Conforme asseverado o julgamento veiculado no Acórdão, deliberou pela **regularidade com ressalva** da prestação de contas anual da Câmara Municipal de Ecoporanga, sob responsabilidade de **DENIVALDO ALVES CALDEIRA**, exercício de 2010, contudo manteve as irregularidades descritas nos **itens 4.1.1.1.b** (Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas), **4.1.1.3** (Previsão editalícia restritiva da competitividade), **4.1.1.7** (Ausência de representante da administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual) e **4.1.1.8** (Ausência de competição no certame licitatório) da ITC, bem como aplicou multa pecuniária no montante de 1.000,00 VRTE às pessoas jurídicas **GF Limpeza em Geral Ltda.** e **R V Vigilância Ltda.**

No entanto, incorre v. acórdão em *erro in iudicando* conforme se passa a expor.

III.1 – PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO

A priori, cumpre acentuar, conforme dispõe o art. 71 da LC n. 621/12 que **“prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo”**. Por seu turno, o § 1º do referido artigo prevê que **“a prescrição poderá ser decretada de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas”**.

No caso vertente, extrai-se dos autos que, quanto ao Processo TC-1513/2011, o prazo prescricional (norma material, com efeito retroativo, portanto) iniciou-se no momento da autuação do feito¹ (22/03/2011²), interrompendo-se com a citação válida do responsável³ (31/05/2011). Já no que se refere ao Processo TC-4853/2011, que tramita em apenso, por ter a natureza de fiscalização, o prazo prescricional iniciou-se da ocorrência do fato, destarte, durante o exercício de 2010.

¹ Art. 71. [...] § 2º Considera-se a data inicial para a contagem do prazo prescricional: [...] I - da autuação do feito no Tribunal de Contas, nos casos de processos de prestação e tomada de contas, e nos casos em que houver obrigação formal de envio pelo jurisdicionado, prevista em lei ou ato normativo, incluindo os atos de pessoal sujeitos a registro;

² Fl. 01 do Processo TC n. 1513/2011.

³ Art. 71. [...] § 4º Interrompem a prescrição: I - a citação válida do responsável;



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Segundo entendimento exarado no Acórdão 904/2003 do Tribunal de Contas da União, a interrupção faz com que o prazo prescricional retorne ao início da contagem, diversamente da suspensão, que, cessados os motivos, recomeça a correr com o prazo que restava da suspensão.

Neste ponto, cumpre observar que a contagem de prazos no âmbito dessa Corte de Contas baliza-se pelo art. 362 do RITCEES o qual, no inciso I, estabelece que “os prazos [...] contam-se [...] a partir da data da juntada aos autos do aviso de recebimento ou da certidão de cumprimento da citação”.

Nestes termos, imperioso ressaltar que a citação dos responsáveis ocorreu da seguinte forma:

Processo TC	Data da Citação
1513/2011	31/05/2011 (fl. 216)
4853/2011	27/09/12 (fls. 1358 do TC-4853/2011)

Assim sendo, conforme se observa do quadro anterior, a prescrição da pretensão punitiva referente aos fatos objeto da **prestação de contas** (processo TC 1513/2011) ocorreu em **maio de 2016**; já a pretensão punitiva das irregularidades objeto do processo TC 4853/2011 **se consumará, caso não ocorra nenhuma das causas interruptivas ou suspensivas, em 27 de setembro de 2017**.

Frisa-se que, tratando-se de processo de prestação de contas, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva não impede o exame meritório do processo, pois há dever constitucional do Tribunal de Contas de proferir julgamento nessa hipótese, conforme art. 375, parágrafo único, do RITCEES c/c art. 71, II, da CF.

Outrossim, as irregularidades mantidas no acórdão TC-798/2017 se referem ao processo de auditoria, dispondo o art. 82, § 1º da LC n. 621/12 que os procedimentos de fiscalização (auditoria) farão parte integrante do julgamento da prestação de contas, como segue:

Art. 82. As contas dos administradores e responsáveis pela gestão de recursos públicos estaduais e municipais, submetidas a julgamento do Tribunal de Contas, na forma de tomada ou prestação de contas, observarão o disposto no Regimento Interno e em atos normativos do Tribunal de Contas.

§ 1º No julgamento das contas anuais a que se refere o caput deste artigo **serão considerados os resultados dos procedimentos de fiscalização realizados, bem como os de outros processos que possam repercutir no exame da legalidade, legitimidade, economicidade, efetividade e razoabilidade dos atos de gestão.**

Salienta-se, por fim, que a interposição do presente recurso de reconsideração é causa de interrupção da contagem do prazo prescricional, nos moldes do art. 71, § 4º, inciso II, da LC 621/12:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Art. 71. Prescreve em cinco anos a pretensão punitiva do Tribunal de Contas nos feitos a seu cargo.

[...]

§ 4º Interrompem a prescrição:

[...]

II - a interposição de recurso.

Assim, observa-se que o **feito ainda não se exauriu uma vez que a prescrição da pretensão punitiva, com a interposição do recurso, somente se consumará em 2022.**

III.2 – MÉRITO

III.2.1 – DAS IRREGULARIDADES MANTIDAS SEM APLICAÇÃO DE MULTA

O v. acórdão recorrido manteve as irregularidades constantes dos itens **4.1.1.1.b** (Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas), **4.1.1.3** (Previsão editalícia restritiva da competitividade), **4.1.1.7** (Ausência de representante da administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual) e **4.1.1.8** (Ausência de competição no certame licitatório) da ITC 553/2013, constante dos autos TC-1513/2011, entretanto, **julgou as contas regular com ressalva**, sob a seguinte argumentação, *ipsis litteris*:

[...]

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-1513/2011, **ACORDAM** os Srs. conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e oito de junho de dois mil e dezessete, à unanimidade, nos termos do voto do relator, conselheiro Domingos Augusto Taufner:

Julgar regular com ressalva a Prestação de Contas Anual da Câmara Municipal de Ecoporanga, sob a responsabilidade do senhor Denivaldo Alves Caldeira, relativa ao exercício de 2010, processo TC 1513/2011 (PCA/2010);

2. Quanto ao Processo TC 4853/2011 (Relatório de Auditoria Ordinária):

[...]

2.3 Rejeitar as razões de justificativas do senhor Denivaldo Alves Caldeira e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.7 da Instrução Técnica Conclusiva - Ausência de representante da Administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual, por inobservância ao artigo 67, da Lei 8.666/93;

2.4 Rejeitar as razões de justificativas do senhor Elias Tavares e das pessoas jurídicas G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.8 da Instrução Técnica Conclusiva - Ausência de competição no certame licitatório, em afronta ao artigo 37, caput, da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Constituição da República Federativa do Brasil, aos princípios da moralidade e da isonomia e aos artigos 3º, caput e 22, §3º e §7º; da Lei 8.666/93;
[...]

2.8 Acolher parcialmente as razões de justificativas do senhor Denivaldo Alves Caldeira e da Sra. Sirlene Leite da Costa e manter a irregularidade no item 4.1.1.1.b da Instrução Técnica Conclusiva – Abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas, em afronta ao artigo 22, §3º e §7º, da Lei 8.666/93;

2.9 Acolher parcialmente as razões de justificativas dos senhores Denivaldo Alves Caldeira e Nestor Amorim Filho e da Sra. Sirlene Leite da Costa e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.3 da Instrução Técnica Conclusiva - Previsão editalícia restritiva da competitividade, em inobservância ao artigo 3º, caput e §1º, da Lei 8.666/93;

No entanto, com a devida vênia ao posicionamento acima exarado, não pode ele prevalecer, eis que afrontam dispositivos regimentais, legais e constitucionais, conforme inicialmente aduzido.

2.1 – No tocante à manutenção do item 4.1.1.1.b da ITC – abertura e julgamento injustificado de convite com menos de três propostas válidas fundamentou o v. acórdão recorrido não haver configuração de dolo ou má-fé dos responsáveis.

Não obstante a CPL ter reconhecido a ausência de três propostas válidas não houve fundamentação para não se repetir o convite homologado pelo Presidente da Câmara.

Acentua-se que o informativo do TCU 22/2010 é expresso ao dizer que há necessidade de justificar/fundamentar para não repetição de convite:

Informativo de Licitações e Contratos 22/2010

Colegiado

Plenário

Enunciado

Comprovação das limitações do mercado ou do manifesto desinteresse dos convidados, para a não repetição do convite ante a ausência de três propostas válidas.

4592 - Contratação pública – Licitação – Modalidade – Convite – Manifesto desinteresse – TCU

Ao realizar licitações sob a modalidade de convite, somente convide as empresas do ramo pertinente ao objeto licitado, conforme exigido pelo art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e repita o certame quando não obtiver três propostas válidas, ressalvadas as hipóteses de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, circunstâncias essas que devem estar justificadas no processo, consoante § 7º do mesmo artigo. (TCU, Acórdão nº 819/2005, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 30.06.2005.)

Acrescentam-se os julgados do **TCE/MG e TCE/PE** quanto à necessidade de justificar a ausência de interessados suficiente:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

15177 - Contratação pública – Licitação – Modalidade – Convite – Manifesto desinteresse – Ausência dos convidados – Insuficiência – Justificativa – Obrigatoriedade – TCE/MG

De acordo com entendimento do TCE/MG, **a mera ausência dos convidados no certame realizado sob a modalidade convite não é suficiente para caracterização do manifesto desinteresse** previsto no art. 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93. É necessário que o gestor proceda com as devidas justificativas. “A ausência das empresas convidadas não é o bastante para caracterizar o manifesto desinteresse preconizado no § 7º, art. 22, da Lei nº 8.666/93, deve a Administração, observadas as particularidades de cada caso, justificá-lo comprovando, no mínimo, a convocação de número significativo de interessados, atestadamente atuantes no ramo pertinente ao objeto licitado, bem como a efetiva entrega e recepção das cartas-convites ou de outro documento que comprove o desinteresse dos participantes”. Sobre como deve operar a justificativa pelo gestor, o TCE/MG aduziu: **“a justificativa, tratando-se de evidente desinteresse empresarial, deverá conter, no mínimo, os comprovantes de entrega e recepção das cartas-convites, bem como comprovação de que os convidados (pessoas jurídicas ou físicas), convocados em número razoável, atuam no ramo do objeto licitado. (...) Deve o administrador demonstrar as razões de seu convencimento sobre a limitação do mercado ou o desinteresse dos licitantes, de forma clara, objetiva e documentada, sempre que possível. A preocupação do administrador em realizar o interesse público deve sempre ser equivalente à de comprovar seus atos. Com frequência, os órgãos de controle examinam os fatos somente após o decurso de um razoável período de sua realização, oportunidade em que, muitas vezes, o agente nem mais está vinculado à Administração e, ao ser citado, encontrará dificuldades extremas em arcar com o ônus da prova de suas alegações. Não obrigatório, mas aconselhável, é que essa justificativa, por analogia com o disposto no art. 26, caracterize e, se possível, demonstre a limitação do mercado (declaração da junta comercial, do sindicato da cidade ou outro meio adequado e idôneo para comprovar ou servir de 'início de prova', sendo aceitável até, por exemplo, cópia da página do catálogo telefônico comercial) ou documento que comprove o desinteresse dos licitantes (carta abdicando de participar da licitação, ... ou simplesmente a juntada de cópia dos comprovantes de entrega dos convites); razão da escolha do fornecedor ou executante (sendo mais de um, deverá haver julgamento, na forma preconizada no próprio convite) e, principalmente, a justificativa do preço”.** (TCE/MG, Consulta nº 862.126, Rel. Conselheiro Sebastião Helvecio, j. em 28.03.2012.)

4593 - Contratação pública – Licitação – Modalidade – Convite – Manifesto desinteresse – TCE/PE

“Na modalidade convite, não comparecendo ou inexistindo o número mínimo de 3 (três) licitantes, a Administração deverá observar rigorosamente as disposições do art. 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece que quando for impossível – por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados – a obtenção do número mínimo de 3 (três) licitantes, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite, (...)”. (TCE/PE, Decisão nº 1.262/1995, Processo nº 9.505.856-4, Sessão de 01.11.1995.)



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Ademais, cumpre enfatizar que o entendimento do **Superior Tribunal de Justiça** exarado no Resp 884.988/RS segue a linha de que caso não seja possível obtenção do número mínimo de licitantes pode a administração anular a modalidade para estender a um maior número de licitantes:

8850 - Contratação pública – Licitação – Modalidade – Convite – Insuficiência de licitantes – Anulação – Possibilidade – STJ

"Inexistindo três licitantes hábeis a ofertar e salvo despacho fundamentado da comissão de licitação atestando a impossibilidade de competição por inexistência de prestadores do serviço ou desinteresse (cf. art. 22, § 3º, da Lei 8.666/93) **é possível à Administração anular a licitação pela modalidade convite para estender a oferta da contratação de modo a conferir maior publicidade com vistas à obtenção da proposta mais vantajosa ao ente público**". (STJ, REsp nº 884.988/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 17.06.2009.)

Ressalta-se que a ausência de dolo ou má-fé dos gestores não exclui suas responsabilidades, uma vez que vislumbrada a presença de culpa, conforme asseverado no Acórdão 6943/2015 do TCU:

Acórdão: 6943/2015 - Primeira Câmara

Data da sessão: 03/11/2015

Relator: **BRUNO DANTAS**

Tipo do processo: **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**

Enunciado

A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, **caracterizada mediante a presença de simples culpa stricto sensu**, sendo **desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé** do gestor para que este seja responsabilizado.

Diante disso, deveria o gestor repetir o convite ou demonstrar que havia limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, fato que não ocorreu, afrontando o art. 22, § 7º, da Lei n. 8.666/93, incidindo, por consequência, **em grave irregularidade passível de multa à Denivaldo Alves Caldeira e Sirlene Leite da Costa**.

2.2 - Quanto à manutenção do item 4.1.1.3 – previsão editalícia restritiva da competitividade em que pese ter o v. acórdão reconhecido as irregularidades, deixou de aplicar a pena pecuniária aos responsáveis, por entender que não houve dolo ou qualquer ato de natureza grave, a revelar potencialidade lesiva para a administração pública, com base nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Cumpre enfatizar que esse **Tribunal de Contas do Estado** já considerou, em outras oportunidades, a gravidade desta mesma irregularidade **e aplicou a pena de multa aos responsáveis**, conforme os seguintes acórdãos:

ACÓRDÃO TC-767/2015 – PRIMEIRA CÂMARA

PROCESSO- TC-3947/2013 (APENSOS: TC-4112/2013 E TC-4151/2013)

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE PINHEIROS

ASSUNTO - DENÚNCIA

DENUNCIANTE - SELETIVA SERVIÇOS LTDA – ME



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

RESPONSÁVEIS - ANTÔNIO CARLOS MACHADO, FLORISVAL ALVES PINHEIRO, VANEY LACERDA FERNANDES E LUCIANA MENDES SANTOS ZANONI

ADVOGADO - KAYO ALVES RIBEIRO (OAB/ES Nº. 11.026)

EMENTA

DENÚNCIA EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PINHEIROS - 1) REJEITAR RAZÕES DE JUSTIFICATIVAS APRESENTADAS PELOS SRs. ANTÔNIO CARLOS MACHADO, LUCIANA MENDES SANTOS ZANONI, FLORISVAL ALVES PINHEIRO E VANEY LACERDA FERNANDES - 2) PROCEDÊNCIA - 3) APLICAR MULTA - 4) DETERMINAÇÃO - 5) ENCAMINHAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS - 6) ARQUIVAR.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3947/2013, ACORDAM os Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dez de junho de dois mil e quinze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva:

1. Rejeitar as razões de justificativas dos Srs. Antônio Carlos Machado, Luciana Mendes Santos Zanoni, Florisval Alves Pinheiro e Vaney Lacerda Fernandes, em razão das irregularidades contidas nos itens 2.1.1, 2.1.2 e 2.1.3 da Instrução Técnica

2. Considerar procedente a denúncia, em razão das irregularidades contidas na Instrução Técnica Conclusiva nº 1719/2015, quais sejam:

a) Projeto básico inadequado (Item 2.1.1 da Instrução Técnica Conclusiva nº 1719/2015).

Infringência: Artigo 7º, § 2º, inciso I e II, e artigo 47 da Lei nº 8.666/93;

b) Restrição ao caráter competitivo da licitação (Item 2.1.2 da Instrução Técnica Conclusiva nº 1719/2015).

Infringência: Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e Artigo 30 da Lei nº 8.666/93;

c) Exigência de atestados de capacidade técnico-operacional (Item 2.1.3 da Instrução Técnica Conclusiva nº 1719/2015).

Infringência: Artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 30 da Lei nº 8.666/93;

3. Aplicar multa pecuniária, individual, aos Srs. Antônio Carlos Machado, Luciana Mendes Santos Zanoni, Florisval Alves Pinheiro e Vaney Lacerda Fernandes, no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), na forma do artigo 135, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

4. Determinar ao atual Prefeito Municipal de Pinheiros que, no prazo de 30 (trinta) dias, anule a Concorrência Pública nº 01/2013 e/ou o contrato dela decorrente, realizando-se, no prazo de seis meses, novo procedimento licitatório escoimado dos vícios apontados nestes autos, se ainda não realizado;

5. Encaminhar os autos ao Ministério Público Especial de Contas para acompanhamento da presente decisão, em face da multa aplicada;

6. Arquivar os presentes autos, após o trânsito em julgado.

ACÓRDÃO TC-294/2013

PROCESSO - TC-4446/2010

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE GOVERNADOR LINDENBERG



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

ASSUNTO - RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2009
RESPONSÁVEL - ASTERVAL ANTÔNIO ALTOÉ

EMENTA

RELATÓRIO DE AUDITORIA - EXERCÍCIO DE 2009 - EXIGÊNCIA DE PRODUTO DE FABRICAÇÃO NACIONAL EM LICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE CONTROLE EFETIVO NO ABASTECIMENTO DA FROTA VEICULAR - CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL DO SETOR ARTÍSTICO POR MEIO DE EMPRESÁRIO NÃO EXCLUSIVO - AUSÊNCIA DE RAZÃO DE ESCOLHA E JUSTIFICATIVA NA CONTRATAÇÃO DE SHOWS MUSICAIS - 1) CONTAS IRREGULARES - MULTA - 2) DETERMINAÇÕES.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-4446/2010, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia dez de julho de dois mil e treze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva:

1. Julgar irregulares as contas do Sr. Asterval Antônio Altoé, Prefeito Municipal de Governador Lindenberg no exercício de 2009, aplicando-lhe multa pecuniária, no valor de 1.000 VRTE, devendo essa quantia ser recolhida ao Tesouro Estadual, e comprovado o recolhimento perante o Tribunal de Contas, no prazo de 30 dias, a

contar da publicação deste Acórdão, nos termos do artigo 454, inciso I, da Resolução TC-261/2013, tendo em vista os seguintes procedimentos:

1.1. Exigência de Produto de fabricação nacional em licitação;

1.2. Ausência de controle efetivo no abastecimento da frota veicular;

1.3. Contratação de profissional do setor artístico por meio de empresário não exclusivo;

1.4. Ausência razão de escolha e justificativa na contratação de shows musicais.

2. Determinar ao atual gestor que:

2.1. Abstenha-se, quando da realização de contratações, de promover exigências com caráter restritivo nos procedimentos licitatórios;

2.2. Promova o controle efetivo de gastos de combustível, relativamente à frota veicular;

2.3. Promova, quando da contratação de profissional do setor artístico, a obtenção da carta de exclusividade;

2.4. Promova, quando da contratação de profissional do setor artístico, à justificativa quanto ao preço contratação, bem com a razão da escolha.

No mesmo sentido, cita-se o seguinte excerto do **Acórdão 1448/2011-Plenário** do egrégio TCU em que se ressalta a gravidade de cláusulas restritivas à competitividade da licitação, bem assim a necessidade de se punir a conduta mediante a aplicação de sanção:

[...]

18. A alegação de que a unidade técnica entendeu haver perda do objeto não corresponde à realidade. Consta à fl. 329 do volume 1 (parecer da Secex/PR), taxativamente, que: 'Ademais, face à anulação da Tomada de Preços nº 06/2008-PMM abaixo apontada, entendemos não ter ocorrido a perda do objeto deste feito, haja vista a natureza grave das ilegalidades apontadas nos autos'. Esse



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

posicionamento foi, inclusive, reforçado pelo MPTCU às fls. 339/340 do volume 1, com base nos Acórdãos 781/2006-TCU-Plenário e 2.346/2006-TCU-Primeira Câmara.

19. *Aliás, afirmar que não houve dano ao erário pelo fato de ter havido a anulação do certame é outro fato que, também, não corresponde à realidade. É indiscutível que, na elaboração de editais, no processamento de todas as etapas de certame público e nos demais trâmites burocráticos, existem custos administrativos implícitos, em especial, os referentes à alocação do quantitativo servidor/hora trabalhada. Além disso, a anulação efetuada posteriormente comprova, por óbvio, que os recursos públicos do convênio em questão acabaram por não ser aplicados de forma tempestiva.*

20. **A multa que foi aplicada a todas as pessoas físicas teve como fundamento o disposto no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/1992 – ‘ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial’, notadamente, em face da restrição ao caráter competitivo da licitação.** Conforme se verifica pelo confronto do conteúdo das irregularidades constantes da audiência desses recorrentes (vide item 4 desta instrução) e a ausência de quaisquer novos elementos que pudessem afastar as imputações perpetradas, em especial, quanto à conduta omissiva de revogação, ‘de ofício’, da licitação, **ao verificar que houve o comparecimento de apenas uma licitante ao processo licitatório em discussão. Dessa forma, constata-se a validade e a plena eficácia da multa que foi aplicada aos recorrentes.** Com relação à declaração de inidoneidade da empresa contratada, vide análise nos itens 57 e 58 desta instrução.

[...]

A gravidade da conduta deve ser apenada, notadamente, por conspurcar os princípios basilares da licitação e, segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”⁴

Assinala-se, a título de argumentação, que o Tribunal de Contas de Mato Grosso, na Resolução Normativa n. 17/2010, qualificou como **condutas GRAVES a Constatação de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias que restrinjam a competição do certame licitatório** (art. 40, I, da Lei 8.666/1993 e art. 3º, II, da Lei 10.520/2002)⁵; **e a ocorrência de irregularidades nos procedimentos licitatórios** (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002, de demais legislações vigentes).⁶

⁴ *Curso de Direito Administrativo*, 12a edição, Malheiros, 2000, pp. 747 e 748.

⁵ Item GB 03 do anexo.

⁶ Item G-13 do anexo.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Reforçando, como já salientado no tópico acima, que a ausência de dolo ou má-fé não elide a responsabilização dos administradores públicos, uma vez que evidenciada sua culpa⁷.

Assim, havendo a plena consumação de graves infrações à norma, reconhecidas no v. acórdão recorrido, caracterizada mediante a restrição ao caráter competitivo do certame e a infringência aos princípios basilares do procedimento licitatório, quais sejam, economicidade, isonomia, interesse público, mostra-se imperativa a aplicação de sanção pecuniária aos responsáveis – Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim Filho e Sirlene Leite da Costa, nos termos do art. 135, II, da LC n.621/12.

2.3 - Denota-se do v. acórdão recorrido que embora tenha mantido a irregularidade referente à **ausência de representante da administração especialmente designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual** (item 4.1.1.7 da ITC) entendeu tratar-se de irregularidade que “não possui o condão de macular o julgamento e ensejar a aplicação de multa em virtude da sua gravidade”.

Restou demonstrado nos autos que os contratos nº 02, 04, 05, 06 e 07/2010 não possuíam fiscal designado pela administração para acompanhar e fiscalizar os contratos, em total afronta à Lei. 8666/93.

A designação de fiscal não é mera faculdade do gestor, mas poder-dever da administração pública, senão vejamos⁸:

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

Sobre o tema, reproduz-se abaixo jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Informativo de Licitações e Contratos 213/2014
PLENÁRIO

As boas práticas administrativas impõem que as atividades de *fiscalização* e de supervisão de *contrato* devem ser realizadas por agentes administrativos distintos (princípio da *segregação das funções*), o que favorece o controle e a segurança do procedimento de liquidação de despesa.

Pedidos de Reexame interpostos por gestores da Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Paraná (Dnit/MT) requereram a reforma de deliberação do TCU pela qual os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa em razão, dentre outras irregularidades, da "emissão fraudulenta

⁷ Acórdão 6943/2015 – Primeira Câmara.

⁸ Marçal Justen Filho. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

dos Boletins de Desempenho Parciais, a partir da inclusão de dados falsos no Sistema de Acompanhamento de Contratos (SIAC)". Ao analisar o ponto, o relator, reiterando o exame realizado pelo relator a quo, consignou que houve "irregularidades nos procedimentos de aprovação das medições, no tocante à identificação dos verdadeiros responsáveis pela fiscalização dos contratos e à segregação de funções no que tange a essa atividade". Destacou que a fiscalização empreendida pelo Dnit nos contratos envolvidos "não cumpriu os normativos internos do próprio órgão nem as portarias de designação de fiscalização". **Nesse sentido, ressaltou o relator que quem atestou a execução dos serviços não foi o fiscal designado pelo órgão, mas o Chefe do Serviço de Engenharia, "que, além de não comparecer a campo para verificar a real execução das obras, deixou de exercer o trabalho de supervisão do fiscal, conforme impõe o Regimento Interno e o princípio da segregação de funções". Em relação a alegação dos recorrentes de que "a superintendência do DNIT participou apenas da fase de liquidação, sendo as demais fases da despesa (empenho e pagamento) realizadas por outras áreas", ressaltou o relator que a segregação das etapas de liquidação e pagamento "não elimina a necessidade, inclusive por imposição regimental, de separação das atividades de fiscalização e atesto dos serviços realizados e, em seguida, de supervisão dos trabalhos anteriores"**. Por fim, concluiu pela improcedência das alegações recursais quanto ao ponto, consignando que "as boas práticas administrativas, impõem que as atividades de fiscalização, descritas na Norma Dnit 097/2007 - PRO, e de supervisão, conforme o Regimento Interno do Dnit, devem necessariamente ser realizadas por agentes administrativos distintos, o que favorece o controle e, portanto, a segurança do procedimento de liquidação de despesa". Seguindo o voto da relatoria, o Plenário do Tribunal manteve a sanção imposta aos recorrentes. Acórdão 2296/2014-Plenário, TC 001.359/2009-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 3.9.2014.

Informativo de Licitações e Contratos 29/2010

PLENÁRIO

Licitações e contratos na área de educação: 2 - Fragilidades na *fiscalização de contrato*

Ainda na Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Aquiraz/CE, com o objetivo de verificar a regularidade das despesas realizadas pelo Município, envolvendo recursos dos programas vinculados ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, nos exercícios de 2007 a agosto de 2008, a equipe de auditoria identificou fragilidades na fiscalização de contrato firmado entre a Prefeitura e a empresa responsável por transportar crianças estudantes da rede pública de educação. Ao destacar que a subcontratação dos serviços, não prevista no contrato de transporte escolar e no edital da Concorrência 001/2004, transparecia a fragilidade na fiscalização no contrato decorrente, o relator deixou claro que **"cabe à Administração acompanhar e fiscalizar os contratos celebrados, anotando as ocorrências identificadas, com determinações aos responsáveis para que regularizem as faltas ou defeitos observados"**. Assim, na linha do sugerido pela unidade técnica, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, sem prejuízo de determinação corretiva ao município, para futuras contratações. O Plenário, por unanimidade, acompanhou o voto do relator. Acórdão n.º 1982/2010-Plenário, TC-027.116/2008-0, rel. Min. José Jorge, 11.08.2010.

Informativo de Licitações e Contratos 65/2011

PLENÁRIO

Fiscalização de contratos: no caso de execução irregular, a ausência de providências tempestivas por parte dos responsáveis pelo acompanhamento do contrato pode levar à imputação de responsabilidade, com aplicação das sanções requeridas.

"É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993". Essa a conclusão a que chegou o Tribunal, ao apreciar tomada de contas especial na qual apurou potenciais prejuízos ao erário na execução do Contrato nº 40/2004, firmado entre o Ministério da Previdência Social - (MPS) e instituição privada, cujo



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

objeto consistiu na execução de projeto de pesquisa e desenvolvimento de um sistema integrado, utilizando gestão do conhecimento com inteligência artificial, para implantação da Metodologia de Gerenciamento de Riscos da Previdência Social - (Projeto GR). Após a oitiva dos responsáveis, o relator delineou quadro fático relativo à execução do contrato eivado de diversas irregularidades, em especial, o atesto de notas fiscais referentes a produtos e serviços executados em desconformidade com as especificações contratuais, mesmo diante de notas técnicas que denotavam a inadequação dos módulos entregues, bem como permissões para que fossem feitas alterações nas especificações dos produtos e no cronograma de entregas, quando na realidade deveriam ter sido tomadas providências, por parte do MPS, no sentido de rescindir o contrato e obter o ressarcimento ao erário dos recursos despendidos sem a devida contrapartida em fornecimento de serviços adequados por parte da empresa contratada. Segundo o relator, por sua extrema importância, havia expectativa de que a contratação assumisse papel paradigmático e inovador no âmbito não só da Previdência Social, mas de toda a Administração Pública Federal. Entretanto, desde seu início, a contratação foi falha, tendo a situação se agravado, ante a inação dos responsáveis, dos quais era exigida a adoção de providências concretas na fase de execução do contrato, "com vistas à formalização de alterações, mediante termos de aditamento, que gerassem redução no montante financeiro ajustado entre as partes, ou a paralisação da execução até que fossem solucionadas todas as pendências". Noutro ponto, o relator entendeu ser incabível o argumento de que o contrato foi pioneiro no âmbito da administração pública, sujeito a variações naturais que não poderiam ser, à época, previstas. Para ele, tal fato não afastaria a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, pois, na verdade, a irregularidade não estaria na estimativa de preços e nas específicas circunstâncias que podem ter permeado a fase de pré-contratação, mas sim nos atos comissivos e omissivos levados à efeito durante a execução do contrato, os quais resultaram em produtos e serviços que não contemplaram tecnologias e soluções adequadas, em frontal descumprimento ao objeto proposto e contratado. Por conseguinte, votou pela condenação, em débito, dos responsáveis envolvidos solidariamente com a instituição privada que deveria ter executado o objeto da avença. Votou, ainda, considerando de elevada gravidade as ações dos gestores, por que fossem eles inabilitados, por um período de cinco anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, no que foi acompanhado pelos Plenário. Acórdão n.º 1450/2011-Plenário, TC-021.726/2007-4, rel. Min. Augusto Nardes, 1º.06.2011.

Frisa-se que o egrégio TCU penaliza com **multa pecuniária o ordenador de despesa** que não designa fiscal representante da administração para acompanhar a execução do contrato, vislumbrando, assim, grave infração à norma, consoante se denota do julgado abaixo transcrito:

De acordo com o TCU, está sujeito à multa o responsável por fiscalização de obras que não cumpra as atribuições previstas no art. 67 da Lei nº 8.666/93. O Relator, ao tratar da questão, registrou que: "**O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, que anotarà, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados.** O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. (...) O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas".



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

(TCU, Acórdão nº 767/2009, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 27.04.2009.)

Com efeito, somente a regular fiscalização por parte da administração é capaz de garantir a entrega do bem/serviço de forma satisfatória, providência que, se não cumprida, expõe o erário a risco de dano.

Por essa razão, o Tribunal de Contas de Mato Grosso na Resolução Normativa n. 17/2010 (itens HB 04 do anexo) qualificou como conduta grave a “*Inexistência de acompanhamento e fiscalização da execução contratual por um representante da Administração especialmente designado (art. 67 da Lei nº 8.666/93)*”.

Resta, portanto, evidenciado o *error in iudicando* no v. Acórdão TC-798/2017, haja vista que **a irregularidade praticada é de natureza grave**, ante a sua potencialidade de lesão ao erário, ensejando a irregularidade das contas com a consequente aplicação de multa ao Sr. Denivaldo Alves Caldeira.

2.4 - Lado outro, a irregularidade referente à **ausência de competição no certame licitatório** (item 4.1.1.8) também foi mantida no v. acórdão recorrido, eis que comprovada a participação apenas de duas empresas com o mesmo representante legal.

Ressalta-se que restou demonstrado que essas empresas trabalharam em regime de colaboração eis que se constatou até mesmo desistência de recurso de uma para benefício da outra, assim como o aviso de recebimento das empresas para comparecerem à recebimento e abertura das propostas foi assinado pela mesma pessoa “Andressa G. Ferreira⁹”.

Salienta-se que esses fatos são gravíssimos e facilmente perceptíveis.

Cabe frisar que o Chefe do Legislativo de Ecoporanga como ordenador de despesas tem o dever de observar a correta tramitação do procedimento licitatório do qual pode resultar possível dano ao erário antes de homologar o procedimento¹⁰.

Deste modo, a responsabilidade do superior hierárquico, no caso Presidente da Câmara, quanto à restrição a competitividade do certame, decorre da culpa “*in vigilando*” ou “*in eligendo*”, conforme inteligência de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹¹:

culpa in vigilando – nesse caso, o dano nasce da ausência de fiscalização dos subordinados ou dos bens e valores sujeitos ao agente.

culpa in eligendo – [...] corresponde ao dano oriundo da má escolha do representante ou preposto. É bastante comum que agentes da Administração causem prejuízos aos cofres públicos por ignorarem as normas ou porque não foram adequadamente treinados.

⁹ Fls.389/393 do TC 4853/2011.

¹⁰ Presidente da Câmara homologou o resultado da licitação, adjudicou o objeto e assinou o contrato com a sociedade empresária GF Limpeza em Geral Ltda.-ME.

¹¹ *In* Tomada de Contas Especial, p. 99.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Acerca da responsabilização solidária do gestor responsável, transcrevem-se os lúcidos argumentos do Conselheiro Mauri Torres do Tribunal de Contas de Minas Gerais no Recurso Ordinário n. 851.244 *verbis*:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO — PREFEITO MUNICIPAL — INSURGÊNCIA CONTRA IMPUTAÇÃO DE MULTA — PROCEDIMENTO LICITATÓRIO — IRREGULARIDADES — I. RESPONSABILIZAÇÃO SUBJETIVA DO GESTOR PÚBLICO — CULPA IN ELIGENDO E CULPA IN VIGILANDO — II. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME — APROVAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS — III. RECURSO IMPROVIDO — MANUTENÇÃO DA MULTA APLICADA

O gestor público pode ser responsabilizado subjetivamente pelos atos praticados pela comissão de licitação, uma vez que concorre para as irregularidades por culpa in eligendo e, ao homologar o certame, por culpa in vigilando, ratificando os procedimentos adotados.

[...]

Como bem asseverou a unidade técnica o agente político, no caso **o prefeito municipal, quando assume diretamente as funções de gestor municipal, optando por não delegar essa atribuição aos seus secretários municipais, assume a responsabilidade pela prática desses atos de gestão.**

Nesse contexto, o caso sob exame não trata de responsabilização objetiva do agente político, visto que a sua responsabilização decorre dos atos por ele praticados na condição de gestor público, comprovados por meio dos documentos por ele assinados como notas de empenho, contratos e atos de homologação de licitação. Ressalte-se que o gestor público responde subjetivamente por culpa in eligendo e culpa in vigilando.

Destaco, por oportuno, um trecho do parecer ministerial em que foi colacionada jurisprudência corroborando o entendimento acima esposado:

É o que se verifica na posição firmada pelo Tribunal de Contas no Enunciado de Súmula n. 107: 'Os Chefes de Poder Municipal, ao atuarem como ordenadores de despesas, terão seus atos julgados pelo Tribunal de Contas e serão responsabilizados pessoalmente por eventuais ilegalidades.'

E pelo Acórdão do TCU, AC-1190-21/09-P, proferido na sessão do dia 03/06/09:

'A responsabilidade do ex-prefeito [...] patenteia-se não somente por ter sido signatário dos convênios impugnados e, assim, ter assumido o compromisso de regular gestão dos recursos federais que lhe foram confiados, como também pelo fato de ter ordenado despesas ao dar atesto às notas fiscais da empresa executora das obras e assinado boletins de medição (fl s. ...). Ainda que o ex-edil venha a posteriori invocar como eximente de culpabilidade o fato de não ter acompanhado diretamente a formalização e a execução do contrato, o então gestor municipal concorreu para o dano que lhe foi imputado por culpa in eligendo e culpa in vigilando. Como se depreende dos fatos, o ex-prefeito atrai para si a responsabilidade civil e administrativa também por



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

não ter devidamente supervisionado e exigido dos seus subordinados o escorreito cumprimento da lei.'

Também merece destaque a recente decisão do Tribunal de Contas da União, que reconheceu que o ato de homologação dos procedimentos licitatórios equivale à aprovação de todos os atos nele praticados, in verbis:

A homologação é um ato de fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação, e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Em Recurso de Reconsideração interposto contra deliberação proferida em sede de Tomada de Contas Especial, na qual a responsável fora condenada em débito e sancionada com multa em decorrência de irregularidades verificadas em licitação, a recorrente alegou, dentre outros aspectos, que lhe competia, na qualidade de prefeita municipal, apenas homologar o certame, com base nos elementos constitutivos do procedimento licitatório. Analisando as alegações, a 103 Revista TCEMG jan./fev./mar. 2014 PARECERES E DECISÕES relatora anotou que no caso vertente a gestora fora ouvida, dentre outros aspectos, pela 'falta da realização de pesquisa de preços de mercado dos bens a serem adquiridos'. Relembrou a relatora que 'tivesse a gestora atentado para esse procedimento simples e se certificado de sua realização nos autos do processo licitatório, teria facilmente detectado o sobrepreço, pois a diferença apontada foi significativa'. Nesse passo, assinalou que 'a homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização'. Assim, a gestora, ao homologar o certame diante da inexistência da pesquisa dos preços de mercado nos autos da licitação, dera ensejo ao superfaturamento apurado. Nesses termos, o Tribunal, ao acolher a proposição da relatora, negou provimento ao recurso (BRASIL. Segunda Câmara. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 4.791/2013. TC 026.876/2010-8. Relatora: min. Ana Arraes, 13 ago. 2013). (grifo nosso)

Com efeito, observa-se que, segundo a legislação pátria, o agente público que agir em desconformidade com o ordenamento jurídico deverá ter sua conduta sancionada na forma da lei, independentemente de ter configurado dano ao erário, como forma de garantir o atendimento ao interesse público.

Verifica-se, portanto, que o recorrente não trouxe nenhum argumento capaz de afastar sua responsabilidade pelas irregularidades que ensejaram a cominação de multa e a determinação de restituição ao erário, motivo pelo qual não merece reforma o acórdão recorrido.

Desse modo, não há como afastar a responsabilidade do Sr. Denivaldo Alves Caldeira, eis que confirmada a **grave violação à Lei de Licitações e Contratos**, o que impõe a necessidade de se sancionar os responsáveis, quais sejam Denivaldo Alves Caldeira e Elias Tavares, na forma do art. 135, inciso II, da LC n. 621/12.

2.5 - DA MULTIPLICIDADE DE IRREGULARIDADES E GRAVES



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

VIOLAÇÕES À NORMA

Conforme mencionado acima, as infrações praticadas pelos responsáveis consubstanciam grave infração à norma legal, consoante art. 84, III, “d”, da LC n. 621/12.

Ademais, registra-se que o quantitativo de irregularidades evidenciadas nestes autos, por si só, é motivo suficiente para **macular a integridade das contas**, conforme entendimento do Excelso Tribunal de Contas da União:

Acórdão 543/2015 – Plenário, Relator Raimundo Carreiro

A multiplicidade de falhas e irregularidades, avaliadas em conjunto, e a repetição de algumas delas já apontadas em exercícios anteriores são fundamentos suficientes para a irregularidade das contas e a aplicação de multa ao responsável.

A mesma *ratio* deve ser aplicada ao caso vertente, haja vista que as irregularidades afrontam sobremaneira os princípios da Administração Pública, o que ressalta o caráter gravíssimo dessas infrações eis que capituladas na lei 8.429/92 como ato de improbidade administrativa.

Assim, não julgar irregular a hipótese em exame é inculpir no ordenador sentimento de impunidade, não compatível com a função institucional do Tribunal de Contas.

III.2.2 – DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

No caso vertente, verifica-se que o v. acórdão aplicou multa pecuniária no valor de 1.000,00 VRTE às pessoas jurídicas GF Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda. em decorrência da irregularidade descrita no item 4.1.1.8 da ITC – Ausência de competição no certame licitatório, conforme segue:

2.4 Rejeitar as razões de justificativas do senhor Elias Tavares **e das pessoas jurídicas G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda e manter a irregularidade descrita no item 4.1.1.8 da Instrução Técnica Conclusiva - Ausência de competição no certame licitatório**, em afronta ao artigo 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, aos princípios da moralidade e da isonomia e aos artigos 3º, caput e 22, §3º e §7º; da Lei 8.666/93;

2.5 **Aplicar multa pecuniária no valor de 1.000,00 VRTE** aos senhores Elias Tavares e **às pessoas jurídicas G F Limpeza em Geral Ltda. e R V Vigilância Ltda.**, na medida de suas responsabilidades, nos termos do art. 96, II da Lei Complementar 32/1993, legislação vigente à época dos fatos, por ser tratar de pretensão punitiva. [grifo nosso]

Contudo, há vasta jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de aplicar multa para a pessoa jurídica somente quando evidenciado a ocorrência de dano ao erário:



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Acórdão: 491/2017 - Plenário

Data da sessão: 22/03/2017

Relator: **AUGUSTO NARDES**

Tipo do processo: **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**

Enunciado

A *multa* decorrente de grave infração a norma legal ou regulamentar (art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992) **é inaplicável a pessoa jurídica, uma vez que essa pena requer análise da conduta do agente que praticou o ato tido como irregular.** Somente é cabível aplicação de *multa* a *pessoa jurídica* quando verificada ocorrência de débito (art. 57 da Lei 8.443/1992).

Acórdão: 702/2016 - Plenário

Data da sessão: 30/03/2016

Relator: **AUGUSTO NARDES**

Tipo do processo: **RELATÓRIO DE AUDITORIA**

Enunciado

Somente é cabível a aplicação de *multa* a *pessoa jurídica* quando verificada a ocorrência de débito (art. 57 da Lei 8.443/92). **A multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92 (grave infração à norma legal ou regulamentar) é inaplicável a pessoa jurídica uma vez que tal pena pecuniária requer análise da conduta do agente que praticou o ato tido como irregular.**

Acórdão: 2726/2015 - Plenário

Data da sessão: 28/10/2015

Relator: **JOSÉ MÚCIO MONTEIRO**

Tipo do processo: **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**

Enunciado

É inaplicável a *pessoa jurídica* contratada ou licitante a *multa* prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. **A participação fraudulenta de licitantes em processos licitatórios enseja a aplicação da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992.**

Acórdão: 1975/2013 - Plenário

Data da sessão: 31/07/2013

Relator: **MARCOS BEMQUERER**

Tipo do processo: **REPRESENTAÇÃO**

Enunciado

A *multa* prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92 **não é aplicável a empresas e a terceiros que fraudam certame licitatório,** destinando-se aos gestores de recursos públicos.

Acórdão: 638/2014 - Primeira Câmara

Data da sessão: 18/02/2014

Relator: **AUGUSTO SHERMAN**

Tipo do processo: **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**

Enunciado

A aplicação da *multa* prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992 requer análise da conduta do agente que praticou o ato tido como irregular. Não há como fazer avaliação de conduta em se tratando de *pessoa jurídica*. **Só cabe a aplicação de multa a pessoa jurídica quando verificada a ocorrência de débito** (art. 57 da Lei 8.443/1992).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS
2ª Procuradoria de Contas

Esclarece que a penalidade adequada a ser infligida às empresas, diante da ocorrência de fraude à licitação, deve ser a declaração de inidoneidade desses licitantes, nos termos do art. 140 da LC n. 621/2012¹² c/c 393 do RITCEES.

Resta, portanto, evidenciado o *error in iudicando* no v. Acórdão TC-798/2017, o qual, por questão de justiça e equidade, deve ser sanado nesta oportunidade recursal.

IV – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente recurso de reconsideração recebido, conhecido e provido para **reformular o v. Acórdão TC-798/2017 – SEGUNDA CÂMARA**, julgando-se **irregulares as contas** da Câmara Municipal de Ecoporanga, relativa ao exercício de 2010, pela prática de irregularidades que configuram grave violação à norma legal e constitucional, na forma do art. 84, inciso III, “d”, da LC n. 621/12, com a consecutória aplicação de **multa pecuniária** a **Denivaldo Alves Caldeira, Nestor Amorim Filho e Sirlene Leite da Costa**, bem como que seja afastada a aplicação de multa às empresas G F Limpeza em geral Ltda. e R V Vigilância Ltda., para ser declarada sua inidoneidade.

Por fim, com fulcro no inciso III do art. 41 da Lei n. 8.625/1993¹³, bem como no parágrafo único do art. 53 da LC n. 621/2012¹⁴, reserva-se o direito de manifestar-se oralmente em sessão de julgamento.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 22 de setembro de 2017.

LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA
PROCURADOR-GERAL EM SUBSTITUIÇÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

¹² Art. 1º, inciso XXIV, da Lei Complementar 32/1993 vigente à época dos fatos.

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma desta lei:

[...]

XXIV - declarar, por decisão da maioria absoluta dos seus membros, a inidoneidade de contratado ou de adjudicatário da Administração Pública direta, indireta ou fundacional;

¹³ Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] III - ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e **intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;**

¹⁴ Art. 53. São partes no processo o responsável e o interessado, que poderão praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procurador regularmente constituído.

Parágrafo único. O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas terá os mesmos poderes e ônus processuais do responsável e do interessado, **observadas, em todos os casos, as prerrogativas asseguradas em lei.**