

Voto do Relator 01361/2018-1

Processos: 10429/2016-3, 02965/2014-1

Classificação: Pedido de Reexame

UG: PMB - Prefeitura Municipal de Brejetuba

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Partes: PREFEITURA BREJETUBA , JOAO DO CARMO DIAS, ALESSANDRO JOSE COCO, SIOLEK ZAMBOM, WAGNER DE FREITAS HOTT, ADAUGIZA BADARO CREMASCO

Processo TC: 10.429/2016-3

Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Brejetuba

Assunto: Pedido de Reexame

Recorrente: Ministério Público de Contas

Interessados: João do Carmo Dias (Prefeito Municipal em 2013)
Wagner de Freitas Hott (Consultor Jurídico Municipal)
Adaugiza Badaró Cremasco (Secretária Municipal de Turismo)

PEDIDO DE REEXAME – CONTROLE DE COMBUSTIVEIS – É DEVER DO GESTOR PÚBLICO VELAR PELA REGULAR REALIZAÇÃO DAS DESPESAS – DEMONSTRAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E DA EFETIVA UTILIZAÇÃO DO COMBUSTÍVEL - INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - ART. 25, III, DA LEI Nº 8.666/93 – OBRIGATORIEDADE DE SE DAR DIRETAMENTE COM O ARTISTA OU POR SEU EMPRESÁRIO EXCLUSIVO – PRECEDENTE DO PARECER CONSULTA 15/2016 DESTE TRIBUNAL DE CONTAS – IRREGULARIDADES DEVEM SER MANTIDAS – CONHECER DO RECURSO – PROVIMENTO INTEGRAL - MULTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

1 RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas, em face do **Acórdão TC-676/2016 – Primeira Câmara**, proferido nos autos do processo TC nº 2965/2014 em apenso, referente à fiscalização ordinária realizada no município de Brejetuba com a finalidade de averiguar a regularidade e legalidade dos atos praticados durante o exercício de 2013, sob a responsabilidade de **Adaugiza Badaró Cremasco, Alessandro José Goco, João do Carmo Dias, Siolek Zambom e Wagner de Freitas Hott**, que no mérito acolheu as razões de justificativas dos agentes responsáveis e afastou as irregularidades apontadas, expedindo determinações à atual gestão.

O recorrente busca a reforma do acórdão mencionado, a fim de que sejam mantidas as irregularidades afastadas, referentes aos **itens 3.1, 3.2, 3.5, 3.8, 3.10 e 3.11** da Instrução Técnica Conclusiva 3693/2015:

Realização de despesas com abastecimento de combustível da frota municipal sem efetivo controle (sem anotação da quilometragem) – Item 3.1 desta ITC Base legal: infração ao art. 37, caput, da CF – princípios basilares da Administração Pública Responsável: João do Carmo Dias (Prefeito Municipal)

Omissão na designação de fiscal para contrato de fornecimento de combustível – Item 3.2 desta ITC Base legal: infração ao art. 67, caput, c/c art. 73, I, “a”, ambos da Lei nº 8.666/93 Responsável: João do Carmo Dias (Prefeito Municipal)

Omissão na designação de fiscal para acompanhamento da execução de fornecimento de pneus e câmaras de ar e reforma de pneus para veículos – Item 3.5 desta ITC Base legal: infração ao art. 67, caput, da Lei nº 8.666/93 Responsáveis: João do Carmo Dias (Prefeito Municipal) Alessandro José Cogo (Secretário Municipal de Administração)

Omissão na designação de fiscal para acompanhamento da execução de aquisição de peças para veículos decorrentes de ata de registro de preços – Item 3.8 desta ITC Base legal: infração ao art. 67, caput, da Lei nº 8.666/93 Responsáveis: João do Carmo Dias (Prefeito Municipal) Alessandro José Coco (Secretário Municipal de Administração)

Omissão na designação de fiscal para acompanhamento da execução de aquisição de peças para veículos decorrentes de ata de registro de preços – Item 3.10 desta ITC Base legal: infração ao art. 67, caput, da Lei nº 8.666/93 Responsáveis: João do Carmo Dias (Prefeito Municipal) Alessandro José Coco (Secretário Municipal de Administração)

Contratação de profissionais do setor artístico por meio de representante não exclusivo, referente ao evento “18ª Festa de Emancipação Política” – Item 3.11 desta ITC Base legal: infração ao art. 25, III, da Lei nº 8.666/93 Responsáveis: João do Carmo Dias – Prefeito Municipal Adaugiza Badaró Cremasco – Secretária Municipal de Turismo Wagner de Freitas Hott – Consultor Jurídico Municipal

O processo foi encaminhado à Secex Recurso que, por meio da ITR 5/2017, às fls. 21-25, opinou pelo conhecimento do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, bem como pela notificação dos responsáveis, para apresentarem suas contrarrazões recursais, o que foi acolhido pela Decisão Monocrática 196/2017, tendo sido notificados os interessados.

Decorrido o prazo concedido, os recorridos não apresentaram suas contrarrazões ao recurso, tendo os autos retornado à Secex Recursos para manifestação quanto ao mérito, tendo então sido proferida a Instrução Técnica de Recurso 227/2017 (fls. 35-45), que analisou cada uma das irregularidades apontadas e opinou pelo provimento integral do recurso.

O Ministério Público de Contas por meio do Parecer 04892/2017 (fl.49) anui à proposta de julgamento da Instrução Técnica de Recurso 227/2017.

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

A Instrução Técnica de Recurso 227/2017, constitui uma análise comparativa entre as irregularidades apontadas, as razões de voto que conduziram o Acórdão, bem como as razões recursais.

Acolho a argumentação e conclusão como motivação deste voto e passo a transcrevê-las:

1. Item 3.1 da ITC – Realização de despesas com abastecimento de combustível da frota municipal sem efetivo controle (sem anotação de quilometragem). Responsável: João do Carmo Dias – Prefeito Municipal.

Consta nos autos em apenso que as liquidações e os pagamentos referentes aos Pregões nºs 025/2009 e 039/2009 e às Dispensas de Licitação nºs 022/2009 e 135/2009 foram realizados mediante apenas apresentação das notas fiscais, não tendo sido encontrado nos respectivos processos nenhum documento comprobatório da efetiva utilização do combustível na frota municipal, tais como controle de abastecimento, data do abastecimento, placa do veículo, tipo e quantidade em litros de combustível.

Não obstante, o voto condutor do acórdão recorrido afastou a irregularidade ao argumento de que inexistem provas documentais que apoiam este indicativo de irregularidade, seja pela não delimitação da culpabilidade do Prefeito, pois não estaria demonstrado o nexo de causalidade entre qualquer conduta por ele praticada e o indício de irregularidade, que, segundo o voto, não restou demonstrado.

Em suas razões recursais, o Ministério Público de Contas ressalta que a comprovação de despesas com combustível não se cinge à comprovação do recebimento do produto, porquanto é imperioso demonstrar ainda que o combustível é utilizado para fins legítimos.

Destaca que a legislação estabelece o modo pelo qual deve ser viabilizado o controle a partir do recebimento do bem e ilustra sua argumentação com jurisprudência do TCU e com posicionamentos doutrinários.

O recorrente aduz que a ausência de controle efetivo torna a despesa ilegítima e, por consequência, no seu ressarcimento integral, sendo que o ônus da prova, a par do posicionamento adotado pelo TCU, recai sobre o gestor.

O recorrente relembra que esta Corte de Contas já se manifestou neste sentido na ocasião do julgamento do processo TC nº 971/2008, quando foi proferido o Acórdão TC-366/2010, no qual o Plenário reconhece a irregularidade consubstanciada na ausência de liquidação das despesas de consumo de combustível, condena o gestor ao ressarcimento e ao pagamento de multa.

O *parquet* de contas cita ainda o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, que vai ao encontro das suas razões recursais.

Por fim, requer seja mantida a irregularidade passível de ressarcimento equivalente a 536.597,09 VRTE.

Contrapondo as razões recursais apresentadas com a realidade processual contida nos autos do processo TC nº 2965/2014, em apenso, é possível verificar a ausência de efetivo controle da despesa com abastecimento da frota municipal.

É dever do gestor público velar pela regular aplicação dos recursos públicos, bem como pela regular liquidação das despesas, pelo que lhe cabe evitar que pagamentos sejam efetuados sem a devida comprovação da finalidade pública, da entrega de material ou da execução dos serviços contratados.

No que tange a liquidação de despesas, a Lei nº 4.320/64, em seu artigo 63, *caput*, preconiza:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

Ainda de acordo com o mesmo dispositivo legal, em seu § 2º, inciso III, “a liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados, terá por base os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”.

Resta evidenciado nos autos que a Prefeitura Municipal de Brejetuba adquiriu combustível durante o exercício de 2013, sem, contudo, fazer constar nos

respectivos autos do processo de despesa as notas de controle que devem ser preenchidas no ato do abastecimento, informando a marca do veículo, placa, quilometragem, data, quantidade de litro e tipo de combustível, nos termos da exigência legal contida nos artigos 62 e 63, §2º, da Lei nº 4.320/64.

Também não foi demonstrado a finalidade da utilização da frota, para fins de averiguação de atendimento ao interesse público, bem como aos princípios insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Fica patente, nestes termos, a vinculação do ordenador de despesa na esfera pública de agir em consonância com os princípios constitucionais da Legalidade, Impessoalidade e Moralidade, dentre outros.

No caso concreto, não se trata de o gestor usar ou não o poder discricionário, decidindo pela conveniência ou oportunidade de confrontar o gasto com combustível utilizado pela municipalidade com o interesse público.

A prática dos atos discricionários não é livre e incondicional, pelo contrário, é condição *sine qua non* de validade do ato discricionário atender, prioritariamente, os requisitos de legalidade e legitimidade.

Não obstante, revela-se insuficiente que o agente permaneça adstrito tão somente ao princípio da legalidade. É indispensável que ele obedeça ainda à ética administrativa, estabelecendo sempre uma relação de adequação entre seu obrar e a consecução do interesse público.

Ocorre que inexistem nos autos qualquer elemento hábil a comprovar que os deslocamentos efetuados pela frota do município tenham sido para atender às demandas legítimas do Executivo Municipal. Entretanto, a prevalência do interesse público sobre os interesses particulares de quem utilizou veículos durante o período auditado deve ser demonstrada de forma irrefutável.

O uso de dinheiro público de maneira informal, sem motivação ou prestação de contas, não guarda a mínima relação com o interesse público, tornando incontestável a ocorrência da irregularidade apontada nos autos.

Desse modo, por ser dever do gestor público velar pela regular realização das despesas, pelo que lhe cabe evitar que pagamentos sejam efetuados sem a

devida demonstração de interesse público, sem a devida comprovação de utilização do combustível e sem a devida prestação de contas, opina-se pela reforma do acórdão recorrido para que seja incluída a irregularidade constatada.

2. Itens 3.2, 3.5, 3.8 e 3.10 da ITC – Omissão na designação de fiscal para contrato de fornecimento de combustível. Responsável: João do Carmo Dias – Prefeito Municipal.

Apurou-se que o gestor responsável não designou fiscal para acompanhar a prestação e/ou execução dos seguintes produtos adquiridos e serviços contratados pelo Executivo Municipal:

- Contrato nº 004/2013, Pregão Presencial 03/2013 – fornecimento de combustível (item 3.2 da ITC);
- Processo nº 710/2013 – fornecimento de pneus e câmaras de ar e reforma de pneus para veículos (item 3.5 da ITC);
- Processo nº 2177/2013, Pregão Presencial 51/2013 – aquisição de peças para veículos (item 3.8 da ITC);
- Processo nº 1770/2013, Pregão Presencial 63/2013 – aquisição de peças para veículos (item 3.10 da ITC).

Não obstante, o Plenário decidiu por tão somente emitir determinação ao gestor do município para que em futuras contratações seja designado fiscal de contrato.

O recorrente se insurge quanto ao fato de não ter sido imputada ao gestor responsabilidade pela omissão na designação de fiscal dos contratos acima elencados, tendo em vista a afronta ao que está expressamente estabelecido no artigo 67, da Lei Federal nº 8.666/93.

Invoca a lição de Marçal Justen Filho, pela qual a designação de um representante da Administração para o acompanhamento das contratações

“não é mera faculdade”, mas sim um dever do gestor público que deve “ser exercitado para melhor realizar os interesses fundamentais”.

Consigna ainda a jurisprudência do TCU neste sentido para, por fim, requerer seja mantida a irregularidade rechaçada pela decisão recorrida, sem prejuízo da aplicação de multa.

Com efeito, a designação de um representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato decorre do disposto no artigo 67 e parágrafos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, senão veja-se:

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§1º - O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§2º - As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

A fiscalização dos contratos afigura-se como um dever da Administração Pública, tendo em vista o caráter cogente da norma acima transcrita, sendo incorreto presumir tratar-se de mero poder discricionário do gestor público.

No caso em comento, resta demonstrado nos autos que o Executivo Municipal de Brejetuba não adotou quaisquer medidas para que fossem devidamente acompanhados e fiscalizados os contratos em epígrafe, tanto que, no que diz respeito especificamente ao contrato de fornecimento de combustível restou ainda demonstrado a irregularidade analisada no item anterior, referente à ausência de controle quanto ao abastecimento da frota municipal.

A designação do representante da Administração para fiscalização do contrato deveria ter sido formalmente realizada por ato próprio ou por termo nos autos dos respectivos processos das contratações, o que não ocorreu.

Por todo o exposto, bem como considerando o entendimento jurisprudencial e o posicionamento doutrinário, ambos apresentados pelo Ministério Público de

Contas nas suas razões recursais, opina-se pela reforma do acórdão recorrido para que seja incluída a referida irregularidade.

3. Item 3.11 da ITC – Contratação de profissionais do setor artístico por meio de representante não exclusivo, referente ao evento “18ª Festa de Emancipação Política”. Responsáveis: João do Carmo Dias – Prefeito Municipal; Adaugiza Badaró Cremasco – Secretária Municipal de Turismo; Wagner de Freitas Hott – Consultor Jurídico Municipal.

Apurou-se que o Município de Brejetuba efetuou a contratação direta de shows de artistas e bandas por ocasião da 18ª Festa de Emancipação Política.

Não obstante, restou demonstrado o não atendimento do artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que as empresas contratadas não eram representantes exclusivos dos artistas, na acepção do termo conforme jurisprudência e doutrina.

O recorrente ressalta haver diferença entre empresário exclusivo e mero intermediário, sendo que, no caso dos autos, aduz ter havido tão somente mera intermediação de terceiros.

Argumenta que para configurar as hipóteses de inexigibilidade de licitação, previstas no art. 25, III, da Lei nº 8.666/93, a contratação deve se dar diretamente com o artista ou por seu empresário exclusivo, ou seja, aquele que gerencia o artista de forma permanente, e não aquele que agencia eventos em datas específicas.

De início, convém destacar que o Plenário deste Tribunal de Contas já pacificou o seu entendimento quanto à matéria por meio do Parecer Consulta TC-15/2016, cuja ementa se segue:

“CARTAS DE EXCLUSIVIDADE” NÃO ATENDEM AO DISPOSTO NO ART. 25, III, DA LEI Nº 8.666/93 PARA AS CONTRATAÇÕES DE SHOWS ARTÍSTICOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE SHOWS ARTÍSTICOS POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO OBEDECE AOS DITAMES DO ART. 26 DA LEI Nº 8.666/93 – O AJUSTE

DEVE SER EFETIVADO DIRETAMENTE COM O ARTISTA OU ATRAVÉS DE EMPRESÁRIO EXCLUSIVO.

Quanto ao mérito, a referida Consulta foi respondida nos termos do Voto-Vista do Conselheiro Domingos Augusto Taufner, que encampou a OTC nº 18/2012, com base no art. 237, inciso I, do RITCEES, nos seguintes termos:

[...]

Assim, entendemos que as chamadas cartas de exclusividade não atendem ao disposto no art. 25, III da Lei n. 8.666/93 para as contratações de shows artísticos por inexigibilidade de licitação.

Destarte, o procedimento para a contratação de shows artísticos por inexigibilidade de licitação obedece aos ditames do art. 26 da Lei n. 8.666/93. Ademais, o ajuste deve ser efetivado diretamente com o artista ou através de **empresário exclusivo**, sendo tal característica comprovada por cópia do contrato de exclusividade, registrado em cartório, não se prestando, para esse fim, as chamadas cartas de exclusividade. (grifo nosso)

Por todo o exposto, bem como considerando o entendimento normativo desta Corte consignado no Parecer Consulta TC-15/2016, opina-se pela reforma do acórdão recorrido para que seja incluída a referida irregularidade.

CONCLUSÃO

Ante as razões expostas, opina-se quanto ao mérito recursal pelo seu **TOTAL PROVIMENTO**, nos termos propostos pelo recorrente.

Antes da conclusão deste voto, cabe observar que a peça recursal, em sua fundamentação, ao final da argumentação relativa ao item 3.1 faz menção a um ressarcimento de R\$ 1.034.022,60 equivalente a 536.597,09 VRTE, o que não repete no pedido.

Examinei cada uma das instruções técnicas do processo 2965/2014, em que foi prolatado o acórdão objeto do presente pedido de reexame e constatei que não há indicação de ressarcimento, nem mesmo apuração ou quantificação; não se pode

sequer compreender a origem do valor informado pelo Ministério Público recorrente.

É relevante destacar também que a Instrução Técnica Inicial 937/2014 não apontou dano ao erário, de modo que a citação aos responsáveis não tratou disso, de modo que não seria juridicamente possível que o novo acórdão reformasse o anterior para agravar a situação dos agentes responsáveis, o que violaria o princípio do contraditório e a vedação à *reformatio in pejus*.

Assim, ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, tendo em conta a fundamentação até aqui expendida, acompanho integralmente o opinamento contido na Instrução Técnica de Recurso 227/2017 e no Parecer 4892/2017 do Ministério Público de Contas e **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo relator, quanto ao **Pedido de Reexame** formulado pelo Ministério Público de Contas em relação ao **Acórdão 676/2016**, proferido no processo de fiscalização ordinária realizado na Prefeitura Municipal de Brejetuba, relativo ao exercício de 2013 – processo TC 2965/2014 - em que são responsáveis o Senhor João do Carmo Dias, Adaugiza Badaró Cremasco e Wagner de Freitas Hott, por:

- 1- conhecer do recurso para no mérito lhe dar provimento integral, reformando o Acórdão recorrido a fim de que sejam julgados irregulares os **itens 3.1, 3.2, 3.5, 3.8, 3.10, 3.11;**

2- aplicar multa ao Senhor João do Carmo Dias no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e aos Senhores Wagner Freitas Hott e Adaugiza Badaró Cremasco, individualmente, no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), com base no artigo 389, inciso II do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.