



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
— ESTADO DO —
ESPÍRITO SANTO

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. 451/2008, art. 152, inciso II, e 166 da LC n. 621/2012, inconformado com o Acórdão TC-00247/2019-9 – PRIMEIRA CÂMARA, propor o presente

PEDIDO DE REEXAME

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, 8 de julho de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 1079/2012-9
Acórdão: TC-00247/2019-9- PRIMEIRA CÂMARA

EGRÉGIO PLENÁRIO,
EMINENTES CONSELHEIROS,

I – BREVE RELATO

Esse egrégio Tribunal de Contas, por meio do **Acórdão TC-00247/2019-9 – Primeira Câmara**, exarado no Processo TC-1079/2012, **desconverteu o feito de Tomada de Contas Especial em Auditoria**, que prestou a averiguar a regularidade e legalidade dos atos de gestão praticados no exercício de 2011 no âmbito da **PREFEITURA DE ARACRUZ**, sob responsabilidade de **JONES CAVAGLIERI** e **ADEMAR COUTINHO DEVENS**, conforme Programa de Auditoria n. 13/2012, resolvendo o processo nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO 00247/2019-9 – PRIMEIRA CÂMARA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1 MANTER o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, suscitada pelos **Srs. Ademar Coutinho Devens e Jones Cavaglieri**, **extinguindo o processo sem resolução de mérito para ambos**, conforme **Certidão 2632/2018**, tratado no **item 1.1** desta decisão, pelas razões antes expendidas;

1.2 REJEITAR a preliminar de bis in idem, suscitada pelos Srs. **Jones Cavaglieri e Maria Luiza Rocha Marques**, em relação ao **item 2.5.1** da Instrução Técnica Inicial - ITI 347/2013 e **item 1.2** da Instrução Técnica Conclusiva – ITC 4171/2017, tratado no **item 1.2** desta decisão, pelas razões antes expendidas;

1.3 REJEITAR a preliminar de prescrição da pretensão punitiva, por parte deste Egrégio Tribunal de Contas, em face de sua não ocorrência, na forma do art. 71 da Lei Complementar 621/2012, pelas razões antes expendidas;

1.4 EXTINGUIR o processo sem resolução de mérito, na forma do art. 485, VI, do Novo Código de Processo Civil – NCPC, relativamente aos Srs. Zamir Gomes Rosalino e Durval Valentin do Nascimento Blank – Secretários Municipais de Finanças, no que se refere à **irregularidade descrita no 3.9 desta decisão**, tendo em vista a ausência de individualização do pretense prejuízo a que deram causa;



1.5 AFASTAR os indicativos de irregularidades constantes dos itens **2.4, 2.6, 2.7, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12, 2.13, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17 e 2.19** da Instrução Técnica Conclusiva - ITC 4171/2017 (**2.2.1, 2.2.3, 2.3.1, 2.4.1, 2.4.2, 2.4.3, 2.4.4, 2.5.1, 2.6.1, 2.7.1, 3.1.1, 3.1.2 e 3.2.2** da ITI), bem como os itens **3.2, 3.5, 3.6, 3.7 e 3.8** desta decisão (**2.2, 2.8, 2.18, 2.20 e 2.21** da ITC), bem como o respectivo ressarcimento decorrente do **item 3.8 desta decisão**, pelas razões antes expendidas;

1.6 MANTER os indicativos de irregularidades, relativos aos itens **3.1, 3.3, 3.4** desta decisão (**2.1, 2.3, 2.5 e 2.22** da ITC), **AFASTANDO-SE** o ressarcimento correspondente aos itens **3.1 e 3.3** desta decisão, pelas razões antes expendidas;

1.7 DESCONVERTER a presente Tomada de Contas Especial em Auditoria, em razão do **afastamento da imputação de ressarcimento**, conforme razões expendidas nos **itens 3.1, 3.3 e 3.8 desta decisão**, bem como da extinção do processo sem resolução de mérito, em relação ao **item 3.9** desta decisão, conforme razões ali expendidas;

1.8 CONSIDERAR REGULARES os atos de gestão, relativamente aos seguintes responsáveis, em razão do afastamento das irregularidades, quais sejam:

- **Ivan Vicente Pestana e Paulo Roberto Bottoni**, afastamento das irregularidades constantes dos itens **2.4** da ITC e do **item 3.5** desta decisão (**2.8 – ITC**);
- **Bosi Shows, Evento e Locações Ltda**, contratada, afastamento das irregularidades constantes dos itens **2.6 e 2.7** da ITC;
- **N. de Oliveira Correa ME**, contratada, afastamento da irregularidade constante do item **2.12** da ITC;
- **Maria Luiza Rocha Marques e F1 Eventos e Locações Ltda - ME**, afastamento da irregularidade constante do item **2.13** da ITC;
- **Marilzete Aparecida Gadioli Cuzzuol ME**, contratada, afastamento das irregularidades constantes dos itens **2.14 e 2.15** da ITC;
- **Cleverson Mattiuzzi Farage**, afastamento da irregularidade constante do item **2.17** da ITC;
- **Rodolfo Reis Rosa**, afastamento da irregularidade constante do item **2.18 e 2.19** da ITC e **3.6** desta decisão;
- **Grupo CIAP Ltda**, afastamento das irregularidades constantes dos itens **2.17 e 2.19** da ITC;
- **Douglas Cerqueira Gonçalves**, afastamento da irregularidade constante do item **2.20** da ITC e **3.7** desta decisão;
- **Notória Planejamento e Marketing Ltda**, contratada, afastamento da irregularidade constante do item **2.21** da ITC e **3.8** desta decisão, bem como o respectivo ressarcimento;

1.9 CONSIDERAR IRREGULARES os atos de gestão, em relação aos seguintes agentes responsáveis:

- **Zamir Gomes Rosalino** – Secretário Municipal de Finanças, em razão da manutenção do indicativo de irregularidade constante do **item 3.3 desta decisão** (**2.3** da ITC), **porém sem imputação de ressarcimento**, aplicando-lhe multa pecuniária, no valor equivalente a **500 VRTE's**;
- **Paulo Roberto Bottoni** – Secretário Municipal de Turismo e **Thiago Gonçalves Lamarque** – Fiscal de Contrato, em razão da manutenção da



irregularidade, relativa ao **item 3.4** desta decisão (2.5 da ITC), aplicando-lhes, individualmente, multa pecuniária, no valor equivalente a **500 VRTE's**;

1.10 DEIXAR DE ACOLHER o opimento do Ministério Público Especial de Contas que entendeu infligir, aos Srs. **Jones Cavaglieri, Ademar Coutinho Devens, Paulo Roberto Bottini, Zamir Gomes Rosalino e Durval Valentin do Nascimento Blank**, portanto, sem remessa ao Plenário, quanto à pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração estadual ou municipal, pelo **prazo de 05 (cinco) anos**, pelas razões antes expendidas;

1.11 DAR CIÊNCIA aos interessados, encaminhando os autos ao Ministério Público Especial de Contas para acompanhamento da decisão, em razão da penalidade aplicada, **ARQUIVANDO-SE** os presentes autos após o trânsito em julgado e o respectivo adimplemento da obrigação.

2. Por maioria, nos termos do voto-vista do conselheiro substituto Marco Antonio da Silva. Parcialmente vencido o relator que votou por acolher preliminar de ilegitimidade passiva de Jones Cavaglieri e Ademar Coutinho Devens, extinguindo sem resolução do mérito; julgar irregular as contas de Paulo Roberto Bottoni, Zamir Gomes Rosalino, Durval Valentin e Liga de Futebol de Aracruz com imputação de multa e ressarcimento; julgar irregular as contas de Douglas, Thiago Gonçalves Lemarque, Ivan Vicente Pestana e Rodolfo Reis Rosa com imputação de multa; e julgar regular as contas dos demais responsáveis. Absteve-se de votar o conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha nos termos do artigo 86, § 4º, do Regimento Interno.

3. Data da Sessão: 13/03/2019 – 6ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

O Acórdão objurgado, no entanto, foi proferido **em contrariedade 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. 166 da LC n. 621/2012 que *“cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta”*, aplicando-lhe, no que couber *“as disposições dos artigos 164 e 165 desta Lei Complementar”*.

Quanto ao interesse processual, verifica-se que o binômio interesse e adequação está devidamente demonstrado, em razão da decisão da Primeira Câmara divergir completamente do parecer ministerial e o recurso admitido ser, nos termos dos dispositivos legais supracitados, o pedido de reexame, sendo, portanto, evidenciado o cabimento e a legitimidade recursal.

Relativo à tempestividade, o art. 408, § 5º, do RITCEES estabelece que *“o prazo para interposição do pedido de reexame é de trinta dias, contados na forma prevista na Lei Orgânica do Tribunal”*.

De seu turno, dispõe o art. 157 da LC n. 621/2012 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. 19008/verso do Processo TC-1079/2012 seu ingresso na Secretaria do Ministério Público no dia 16/05/2019. Logo, a contagem do prazo para a interposição do pedido de reexame iniciou-se no dia 17/05/2019 (sexta-feira).

Perfaz-se adequado e tempestivo, portanto, o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

Conforme asseverado, no julgamento veiculado no v. Acórdão, embora o dano ao erário esteja cabalmente demonstrado por meio de farta documentação colacionada aos autos, o dever de ressarcimento apontado na Instrução Técnica Conclusiva – ITC nº 4171/2017-5¹ fora afastado sob rasas argumentações e emoldurado como mera irregularidade formal, bem como os demais pontos passíveis de sanção pecuniária.

Todavia, o exame dos documentos, bem como das normas jurídicas aplicáveis ao caso, denota a ocorrência de *error in iudicando*, de modo que se torna imprescindível demonstrar que os embasamentos do v. Acórdão recorrido encontram-se esvaziados de fundamentação fática e jurídica, conforme passa-se a expor.

III.1 – DA ILEGITIMIDADE PASSIVA ALEGADA POR ADEMAR COUTINHO DEVENS E JONES CAVAGLIERI, EM RAZÃO DA DESCONCENTRAÇÃO ADMINISTRATIVA PROMOVIDA PELA LEI MUNICIPAL Nº 3.337/2010:

Extrai-se do v. Acórdão o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva dos ex-prefeitos de Aracruz em razão das seguintes argumentações:

[...]

Conforme mencionei, entendo que a Instrução Técnica Conclusiva acolheu acertadamente a preliminar de ilegitimidade passiva do Prefeito Municipal, na presente situação.

Observa-se que a Lei Municipal 3.337/2010 contemplou a desconcentração administrativa no âmbito do Município de Aracruz, tratando de distribuição interna de competências.

Cuidou tanto da delegação de competência por lei quanto da delegação por ato administrativo.

Desta forma, ocorreu transferência de competência aos secretários municipais para realizar despesas e gerir recursos orçamentários, conforme art. 2º caput e § 1º, tornando-os ordenadores de despesas.

[...]

Examinando a norma, observa-se que os secretários municipais foram investidos no poder de realizar determinadas ações que incumbiam ao Chefe do Poder Executivo, tornando-se, portanto, responsáveis pelos atos praticados.

Tendo a delegação ocorrido por lei, observa-se que em tais situações a responsabilidade do delegante, Chefe do Poder Executivo, não foi mantida, conforme depreende-se do disposto no § 2º do art. 2º. Ele será responsabilizado

¹ 16269/16386.



somente pelas ações de natureza política e não por aquelas objeto de delegação por lei.

Por outro lado, caso ocorra a delegação de competência, pelos ordenadores de despesa, por ato administrativo, não haverá exclusão da responsabilidade, conforme dispõe o art. 4º da lei.

Além disso, é preciso verificar também o caso concreto, pois sempre haverá responsabilidade do delegante (mesmo em hipótese desconcentração por lei) se ele praticou alguma conduta irregular, desde que comprovados os elementos subjetivos - dolo ou culpa.

Neste sentido há precedentes nesta Corte: Processos T.C. 5051/2004 (Acórdão TC 474/2012), 107/2007 (Acórdão TC 555/2013), 6081/2007 (Acórdão TC 6081/2007), 2321/2007 (Acórdão TC 490/2009), 1517/2005 (Acórdão 882/2015).

Importante observar que o Prefeito, senhor Jones Cavaglieri não praticou qualquer ato referente à realização dos convênios (fls. 208/537). [Grifo nosso]

Do mesmo modo, o senhor Ademar Coutinho Devens não realizou conduta capaz de atrair para si a responsabilidade (fls. 12597/12662). [Grifo nosso]

Desta forma, ante a existência da Lei 3337/2010, que estabeleceu a desconcentração administrativa e a inexistência de conduta praticada pelo Chefe do Poder Executivo, há ilegitimidade passiva para figurar nos presentes autos.

[...]

Por todo o exposto, em consonância com o entendimento exarado na Instrução Técnica Conclusiva 4171/2017, **acolho a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam dos senhores Jones Cavaglieri e Ademar Coutinho Devens.** [Grifo nosso].

Conforme certidão 2632/2018 da SGS (fls. 16448), o colegiado, posteriormente à manifestação oral do Dr. Wellington Borghi, decidiu, acompanhando as razões acima apresentadas, por acolher a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelos senhores Ademar Coutinho Devens e Jones Cavaglieri, extinguindo, para ambos, o processo sem resolução de mérito.

No entanto, não se pode assentir, com base nos fundamentos acima dispostos, que os prefeitos são ilegítimos para figurarem no processo.

A ilegitimidade passiva foi carreada na desconcentração administrativa instituída pela Lei Municipal n. 3.337/2010, passando cada Secretário Municipal a ser responsável pelos procedimentos de contratação e pelos consequentes pagamentos.

Contudo, não se deve pura e simplesmente acolher a preliminar de ilegitimidade dos prefeitos pelo fato de não terem participado diretamente dos atos em análise (procedimento licitatório, celebração de convênio, liquidação de despesa, contratação direta), pois a suposta desconcentração administrativa do Poder Executivo de Aracruz, nos termos da Lei Municipal n. 3.337/2010, não isenta a responsabilidade do gestor no dever de fiscalizar as atividades realizadas pelos seus subordinados, pois consta expressamente do artigo 4º da Lei Municipal que a delegação não exclui a responsabilidade do ordenador, conforme se destaca:



[...]

Art. 4º. É facultada a delegação de competência, sem exclusão, porém, da responsabilidade dos ordenadores de despesas pela prática dos atos pertinentes às suas atribuições. – (grifo nosso)

Ademais, é preciso destacar que os institutos da delegação e da desconcentração não são sinônimos, pois a delegação de competência não exige a necessidade da edição de lei formal para sua realização, bastando apenas a publicação oficial do ato que a fizer, bem como não afasta a responsabilização do agente delegante pelos atos praticados pelo agente delegado. De outro modo, por meio da delegação verifica-se um verdadeiro compartilhamento de competência entre agente delegado e delegante, razão pela qual o ordenador de despesa continua responsável por todos os atos praticados pelos seus subordinados, incidindo a responsabilidade por culpa *“in vigilando”* ou *“in eligendo”*.

Por outro lado, o instituto da desconcentração, por resultar em transferência de competência, além de exigir a edição de lei formal, confere um maior feixe de responsabilidade ao agente delegado diante de sua atuação exclusiva, mas não possui, *a priori*, o condão de eximir o gestor delegante de suas responsabilidades pelos atos praticados pelos seus subordinados.

Cabe rememorar o fato de que, quando o prefeito no uso de seu poder discricionário e, por meio de ato legal geral e abstrato, delega competência a um agente administrativo para a prática de atos de gestão na condição de ordenador de despesas secundário, não se exime das responsabilidades advindas pela prática dos atos delegados.

Isto porque, a delegação pressupõe a existência de hierarquia, da qual decorrem o controle, supervisão, fiscalização, aprovação, revisão e avocação das atribuições executadas pelos seus subordinados, sob pena de responder por culpa *in vigilando* e por culpa *in eligendo*.

O instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis. (TCU, Acórdão 830/2014 – Plenário). - (grifei e negritei)

Outrossim, mesmo que se argumente a ausência de participação na execução dos atos de gestão, o afastamento da responsabilidade do prefeito somente se verifica diante de circunstâncias especiais e devidamente comprovadas nos autos, circunstâncias estas não evidenciadas no calhamaço processual.

Desse modo, uma vez que a delegação de competência constante do art. 4º da Lei Municipal n. 3.337/2010 não se revela capaz de afastar a responsabilização do prefeito pelos atos de gestão praticados pelos seus subordinados, não há como prosperar o acolhimento da ilegitimidade passiva dos ex-prefeitos Ademar Coutinho Devens e Jones Cavaglieri.

Posto isso, verifica-se que o v. Acórdão incorreu em clara *error in iudicando* na apreciação da matéria de fato e de direito acerca da responsabilidade dos agentes políticos citados, razão pela qual o apelo merece provimento.



III.2 – DA AUSÊNCIA DE FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO NA CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DE CONVÊNIO PARA O DESPORTO DE COMPETIÇÃO PROFISSIONAL

Preponderou no v. Acórdão, quanto ao item 2.1 da ITC 4171/2017-5, do Processo TC-1079/2012, a manutenção da irregularidade em epígrafe, considerando, contudo, falha de natureza formal, passível somente de recomendação. Vejamos:

[..]

Da análise dos autos, verifico que, conforme reconhece a área técnica, **não há qualquer óbice à concessão do repasse objeto do Convênio 11/2011, em tela, sendo que a sua celebração, pelo Sr. Paulo Roberto Bottoni e pelo Presidente da Liga de Futebol de Aracruz – LIFA, Sr. Adailson Alves Pereira, encontra-se amparada em lei municipal, aprovada pela Câmara Municipal e sancionada pelo Prefeito,** lei esta vigente.

Denota-se destes autos que a presente irregularidade se lastreia no fato da LIFA ter repassado os recursos oriundos do Convênio 11/2011, em favor do Clube de Futebol Profissional ESPORTE CLUBE ARACRUZ, sendo esta pessoa jurídica de direito privado.

Neste contexto, **entendeu a equipe técnica que tal entidade não poderia dissociar-se da finalidade lucrativa de suas atividades, e, por conseguinte, ficariam impedidas de obter recursos públicos por meio de subvenção social, em face do caráter eminentemente empresarial da gestão e exploração do desporto profissional.**

Sobre o assunto, a Lei 4320/64 regula em seu art. 12, § 3º, os requisitos para repasse de recursos públicos através de convênio, *verbis*:

Art. 12

[...]

§ 3º - Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I - Subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial **ou cultural, sem finalidade lucrativa;** - g.n.

De fato, da simples leitura da lei em comento, não pairam dúvidas quanto a necessidade do conveniente ser instituído sob a modalidade de instituição pública ou privada sem fins lucrativos.

Todavia, há que se registrar que o referido convênio **foi firmado entre a Prefeitura Municipal de Aracruz, com a Liga de Futebol Amador – LIFA, nos termos da Lei Municipal 3.391/2011, sendo esta entidade instituída sem fins lucrativos.** Obviamente que **houve falha formal, todavia, esta não impediu a regular à aplicação do recurso na finalidade pública que é de índole cultural, no caso, a fomentação do desporto.**

Quanto ao fato de ter sido aplicado os valores por entidade diversa, **obviamente que o erro formal não implica na irregularidade da aplicação de recursos,** sendo evidente que a jurisprudência atual do Egrégio Tribunal de Contas da União é firme no sentido de que **a irregularidade meramente formal não tem o condão de impor irregularidade nas contas,** *in verbis*:

[...]



Ora se aplicado os recursos de convênio com desvio de objeto, isto é, **aplicação de recursos em execução de obra diversa do objeto do convênio, mas inexistindo dano ao erário, não se pode imputar ressarcimento, em não havendo locupletamento do gestor, tendo sido os recursos integralmente aplicados no objeto contratado, pela mesma, como *in casu*, deve ser provido o recurso para efeito de afastar a imputação de ressarcimento pretendida.**

Até porque **a finalidade e o interesse público do convênio foi demonstrado, pois, o incentivo ao desporto profissional resulta no incremento ao turismo local, e, conseqüente no fomento da atividade cultural na região.**

Quanto ao fato de a Liga de Futebol de Aracruz ser intermediária na captação de recursos, repassando-os ao clube, isto foi claramente explicado, sendo os clubes filiados à Associação, **embora isto não mude a irregularidade formal havida.**

De qualquer maneira, em se tratando de desvio de finalidade, quando os recursos são aplicados em finalidade diversa da firmada em convênio, situação em que o próprio ordenamento jurídico cuidou de regular, veda-se de forma expressa a sua utilização, conforme se observa do § 2º, do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, *verbis*:

[...]

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em **finalidade diversa da pactuada.** – g.n.

Verifica-se, assim, que neste caso não houve desvio de finalidade, no máximo equívocos formais, que não implicaram aplicação indevida dos recursos, vez que estes atingiram a finalidade pública, na área de cultura, tanto que os recursos foram aplicados na área do desporto, sendo evidente que, a este respeito, assim decidiu o Egrégio Tribunal de Contas da União - TCU, processo de Tomada de Contas Especial nº 650.328/1997-3, onde se pode obter a exata compreensão da caracterização do desvio de finalidade de recurso oriundo de recursos conveniados, *in verbis*:

[...]

***In casu*, é possível verificar que não houve a ocorrência de desvio de finalidade na aplicação dos recursos, mas sim, de forma bastante evidente, houve a correta aplicação dos recursos conveniados, gerando a prestação de benefícios à sociedade na área da cultura, sendo claro que não houve locupletamento por parte do gestor.**

Além disso, a jurisprudência pátria tem assentido na aceitação de documentos que contenham erros formais, **quando no conjunto permitem identificar a aplicação dos recursos**, conforme ementa transcrita, *litteris*:

[...]

Por estas razões, divergindo da área técnica, do Ministério Público Especial de Contas e do Eminentíssimo Relator, **afasto a IMPUTAÇÃO DE RESSARCIMENTO**, devendo, entretanto, ser mantida a irregularidade formal, em face das razões antes indicadas.

Cabe lembrar que a responsabilidade do ordenador de despesa não decorre somente de atos por ele praticados, mas também por culpa "*in vigilando*" ou "*in eligendo*"².

² **Culpa in vigilando** – nesse caso, o dano nasce da ausência de fiscalização dos subordinados ou dos bens e valores sujeitos ao agente.



No caso vertente, observa-se que foi firmado convênio n. 11/2011 entre o município de Aracruz e a Liga de Futebol Amador – LIFA, conforme Lei Municipal n. 3.391/2011, que assim dispõe:

[...]

O PREFEITO MUNICIPAL DE ARACRUZ, ESTADO DO ESPÍRITO SANTO; FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL APROVOU E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

Art. 1º Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a conceder apoio financeiro no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) à Liga de Futebol de Aracruz – LIFA, com vistas a custear despesas que garantam a participação de filiados, em campeonatos de futebol em âmbito, estadual e/ou nacional. [grifo nosso]

[...]

Contudo, ficou patente que os valores repassados pelo município foram destinados exclusivamente para o Esporte Clube Aracruz, sem albergar qualquer outro filiado da LIFA, não se tratando de mera falha formal como aduzido no v. Acórdão recorrido.

Agiu a LIFA, efetivamente, de forma simulada como intermediária do convênio, pois sem essa participação os valores não seriam repassados ao Esporte Clube de Aracruz.

Ademais, cabe ressaltar que o parecer consulta n. 2/2007 não condiciona o apoio financeiro às associações esportivas somente à observância aos princípios da finalidade e interesse público, mas também aos princípios da impessoalidade e igualdade, consoante trecho:

[...]

A impessoalidade torna defeso a administração infligir qualquer privilégio, também, por força do artigo 37, caput, que reza que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Veja-se a leitura dada por **Hely Lopes Meirelles** à impessoalidade: *"O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal."* A seu turno, Celso Antônio Bandeira de Mello estipula o caráter autônomo do princípio, caracterizando-o como sendo nada mais que o princípio da igualdade ou da isonomia, verbis: **"Nele se traduz a idéia de que Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O Princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia (...)."** No pensar do abalizado administrativista, **Celso Antônio Bandeira de Melo**, o princípio constitucional da impessoalidade aplicado à administração pública deve aliar-se ao princípio da igualdade, tendo como premissa inafastável, o interesse público. O postulado principiológico deve ser

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. (FERNANDES. Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial*, p. 99).



compreendido a partir de premissas de precedência incondicionada ou condicionada. **Neste caso, um princípio deve anteceder o outro, quando consideradas algumas condições dessa precedência, quantificado-as segundo as circunstâncias e suas conseqüências jurídicas, de tal sorte que não deixem de refletir os valores sociais, e ainda, encontrando-se adstrita à finalidade para a qual determinada norma será editada.** Nessa ordem, não vejo óbice ao fomento ao desporto amador ou profissional, como opção político-legislativa do município, **observado o princípio da impessoalidade quando da edição do regramento, além de nele estabelecer critérios objetivos de concessão, planos de aplicação dos recursos e, prestação de contas. Assim, no caso de desporto profissional, como ora suscitado pelo consulente, além da observância à Carta Federal e Estadual, para o seu fomento é imperativo ser observada às normas insertas na Lei Federal nº. 9.615/98, alterada pelas Leis 9.981/00, 10.264/01 e 10.672/03; Deverá ainda ser observado o art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal** para a destinação de recursos a pessoas físicas ou jurídicas, autorizando-se através de lei específica, além de atender às condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e previsão na Lei Orçamentária Anual ou, em seus créditos adicionais, dentro dos ditames da Lei Federal n. 4.320/64, relativamente à forma contábil e orçamentária, e à observância de compatibilidade das atividades desenvolvidas pelos entes beneficiados, além da necessidade de apresentação das respectivas prestações de contas.
[...]

Constata-se, assim, com o direcionamento dos valores ao Esporte Clube Aracruz, atropelo dos princípios da impessoalidade e da igualdade, conseqüências lógicas dos princípios da finalidade e interesse público, não havendo qualquer fomentação do desporto e sim verdadeiro favorecimento (patrocínio) ao referido time de futebol.

Prova disso é o plano de trabalho anexo ao convênio n. 11/2011 que foi elaborado pela futura beneficiária dos valores (R\$ 300.000,00) e não pela convenente (LIFA), assim como os diversos pedidos feitos pelo clube à Câmara Municipal e à Prefeitura para patrociná-lo (doc. 4 do TC-1079/2012), não podendo tratar tais fatos como mero erro de forma, como se vê:

Fls.298 do TC-1079/2012:

iustificou sua ausência. Outros membros do Conselho não compareceram, não justificando sua ausência. De ordem e em prosseguimento a reunião, foi dada a palavra ao Presidente do Conselho, Sr. Paulo Roberto Bottoni, cumprimentando a todos os membros presentes e demais. Em seguida, apresentou os assuntos constantes na pauta da reunião, sendo o primeiro deles a aprovação pelo Conselho do Plano de Trabalho de repasse de verba ao Esporte Clube Aracruz para o Campeonato Capixaba. O segundo assunto, foi a aprovação do Plano de Trabalho do Teatro Sacro de Córrego Alegre com a peça "Paixão de Cristo" a ser encenada no dia 22 de abril do presente ano. Neste sentido, na sequência de assuntos da pauta e dando prosseguimento a reunião, o Presidente do Conselho fez uma breve apresentação do Plano de Trabalho do Esporte Clube Aracruz bem como do Projeto de Lei apresentado a Câmara no qual fora aprovado pela mesma e disse da importância da aprovação do Conselho para a liberação dessa verba. Explicou

Fls. 214, 211, 221, 222 e 223 do TC-1079/2012:



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

Ao Exmo Sr. Jones Cavallieri

Prefeito do Município de Aracruz

Conforme entendimento da reunião, estou reforçando o pedido de subvenção municipal solicitado do Esporte Clube Aracruz, por seus diretores. No orçamento a ser aprovado para o ano de 2011 já está destinado R\$200.000,00 da PMA para o nosso clube. Precisamos de mais R\$300.000,00 para completar nosso orçamento. Sabemos que temos muitas empresas que podem ajudar no patrocínio: FIBRIA, NUTRIPETRO, JURONG, MENDES JUNIOR, NUTRIGAS, PETROBRAS E OUTRAS Precisamos confirmar a presença no campeonato da 1ª divisão até o dia 10 de dezembro de 2010. Aguardo o seu entendimento e a parceria da municipalidade.

Att.


Dr. Valdir Fonseca Lima
Presidente do EC Aracruz

Ao Exmo Sr. Gilberto Furieri

Presidente da Câmara Municipal de Aracruz


PMI
PROC. TC 1079
Fls. TC. 218

Conforme entendimento em reunião com o Prefeito Municipal de Aracruz em exercício, estou reforçando o pedido de subvenção municipal solicitado do Esporte Clube Aracruz. Este reforço virá da verba a ser devolvida pela Câmara municipal, agora em dezembro. O Prefeito me falou que se vocês indicarem a parte da verba, que estamos precisando, Ele confirmará através de um projeto de Lei a ser encaminhado a vocês. No orçamento a ser aprovado para o ano de 2011 já está destinado R\$200.000,00 da PMA para o nosso clube. Precisamos de mais R\$286.000,00 para completar nosso orçamento. Sabemos que temos muitas empresas que podem ajudar no patrocínio: FIBRIA, NUTRIPETRO, JURONG, MENDES JUNIOR, NUTRIGAS, PETROBRAS E OUTRAS estamos contatando para a complementação do orçamento. Precisamos confirmar a presença no campeonato da 1ª divisão até o dia 20 de dezembro de 2010. Aguardo o seu entendimento e a parceria da Câmara Municipal de Aracruz.

Att.


Dr. Valdir Fonseca Lima
Presidente do EC Aracruz

Aracruz, 07 de dezembro de 2010

Of.12/2010

Ao

Exmo Prefeito Municipal de Aracruz

Sr. Jones Cavallieri

Prezado Prefeito

PROC. TC 107
Fls. TC. 221

O Esporte clube Aracruz, vem oficializar o pedido de convênio com municipalidade, conforme entendimento em reunião anterior em seu Gabinete para participar do campeonato de futebol da primeira divisão de 2011, que se inicia em 22 de janeiro e terminará em 06 de junho de 2011.

O valor que a municipalidade deve entrar será de R\$486.000,00 (quatrocentos e oitenta e seis mil reais) conforme a planilha em anexo.

Importante que temos prazos financeiros a honrar. É de suma importância que o projeto lei seja encaminhado a Câmara municipal em regime de urgência para ser aprovada até o dia 10 de fevereiro de 2011.

Tenho certeza que o Exmo Prefeito que vai continuar empenhado no sentido de viabilizar a nossa participação neste campeonato, que vai ser uma grande alegria principalmente para a população aracruzense, que está aguardando ansiosamente.

Desde já agradecemos por seu empenho até o presente momento e aguardamos o sucesso deste projeto.

Att.


Dr. Valdir Fonseca Lima

Presidente do Conselho de Administração do E. C.



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

Aracruz, 27 de outubro de 2010

À
Empresa Fibria

Sr. Presidente Dr. Carlos Augusto Aguiar

1074
PROC. TC
Fls. TC. 222

Ref.: Esporte Clube Aracruz

Prezado Presidente,

ao longo dos últimos dois anos, o Esporte Clube Aracruz trabalha visando a retomada perene de suas atividades.

Como clube social e esportivo, elaborou um Projeto para suportar esse retorno tendo dois pilares básicos:

- sua função social
- as atividades esportivas, em especial o futebol

Acreditando ser o esporte veículo de inclusão social e de criação de valores morais sólidos, formando não apenas o atleta mas, principalmente, o cidadão, o Esporte Clube Aracruz tem o prazer de convidar a Empresa Fibria para ser parceira deste Projeto.

Na oportunidade, informo a V.Sa. que temos vários diretores e sócios trabalhando na Fibria (Zoe Donati, Armando Amorim, Baldarati, Antonio Crisanto) e um amigo do Sr. Antonio Villas, caso necessite informação sobre a minha pessoa

O Esporte Clube Aracruz, observador das experiências no campo futebolístico no cenário regional e nacional, percebeu que o seu papel está muito além do da formação de um time de futebol para disputar competições esportivas. Antes, está na sua essência trabalhar, sobretudo, com os jovens no sentido de formar cidadãos, contribuindo para a inclusão social desta parcela de importância vital para toda a sociedade, porque o futuro do país. Com isto, ao mesmo tempo surgirão contribuições necessárias para o afastamento dos jovens da marginalidade, das drogas e do álcool, o que permitirá se completar as suas formações como cidadãos na acepção plena da palavra.

O Esporte Clube Aracruz acredita que a contribuição de toda a sociedade é fundamental na consolidação do processo de formação dos cidadãos e, por isto,

sabedor da importância da Fibria para nosso município estamos renovando o pedido da parceria como foi realizada a em 2008. Na época a empresa contribuiu com R\$100.000mil reais. A prefeitura de Aracruz esta entrando com R\$200.000,00, podendo chegar até 300mil reais, nosso projeto tem um valor total de aproximadamente R\$600mil reais. Estamos contatando outras empresas para alcançar o valor necessitado. Segue em anexo nosso orçamento para o campeonato profissional da 1ª divisão de futebol do Espírito Santo.

O que se pretende é a criação de parcerias que forneçam condições para a elaboração e execução de Projetos Sociais que contribuam, também, com as ações de responsabilidade social tão necessárias nestes tempos onde as empresas atuam amplamente e além do mundo comercial e industrial. O futebol, neste cenário, será o veículo que vinculará os nossos nomes e ações, fortalecendo o município, o estado e o país, a partir de uma postura na qual possam se assemelhar nossos pares. Em tempo, no cumprimento de ações sociais inerentes ao Clube, às empresas e ao Poder Público, o grande beneficiário será a população de Aracruz e região.

O Esporte Clube Aracruz entende que o país, de um modo geral, e o município em particular vivem um momento ímpar nas suas histórias. Localmente, os investimentos previstos e o crescimento pretendido, fomentam as ações que se pretendem tomar. Em nível nacional, a realização da Copa do Mundo de Futebol da FIFA, 2014, e as Olimpíadas, 2016, trazem as demandas necessárias para que ajamos buscando descobrir talentos, formando cidadãos e criando alternativas esportivas ao *status quo* presente no nosso meio.

Assim, reforçamos o convite para o debate de ideias, planos e ações que o Esporte Clube Aracruz tem o orgulho de patrocinar.

Contamos com sua valorosa parceria,

Dr. Valdir Fonseca Lima
Presidente do Esporte Clube Aracruz



Fls. 225 do TC-1079/2012:



Dessa forma, maior acerto se denota na conclusão do Voto do Relator 5837/2018-8 que manteve a irregularidade e o consequente ressarcimento, conforme trechos abaixo descritos:

[...]

Desta forma, a Instrução Técnica Inicial ITI 347/2013 (fls. 5363 – vol. XX) alertou:

“(...) ficou caracterizado que a referida despesa foi desprovida de interesse público, uma vez que dirigida em benefício de um estrito grupo para custeio de atividade futebolística de cunho profissional, em detrimento de outras atividades desportivas, sobretudo as estruturais e básicas que produzem um direto e objetivo benefício social, em especial os concernentes a crianças, adolescentes e jovens e, ainda os de apoio ao desportista amador. (...)”

Assim, restou apontado que o município tinha outras prioridades na área do desporto, em especial o educacional, que nos termos da Constituição Federal, deve ser privilegiado.

Some-se a isso o fato de, na celebração do convênio com a Linfa, não ser analisada qualquer documentação do Esporte Clube de Aracruz, embora todos os recursos tenham a ele sido destinados. Além disso, o Plano de Trabalho foi elaborado, não pela entidade conveniada, e sim pelo Esporte Clube de Aracruz (que não é signatário do convênio).

Em última análise resta claro que o convênio foi firmado em discordância com o interesse da coletividade.

Por estas razões deve ser mantida a irregularidade e o ressarcimento de R\$ 300.000,00 (142.065,63 VRTE). [grifo nosso]

[...]

Assim, diante das graves violações aos princípios da finalidade, interesse público, impessoalidade e moralidade, **deve permanecer o apontamento por corresponder à grave irregularidade ensejadora de dano ao erário passível de ressarcimento no montante de R\$ 300.000,00, equivalentes a 142.065,63 VRTE.**



III.3 – AUSÊNCIA DE PARECER JURÍDICO PRÉVIO

Extrai-se do v. Acórdão que a irregularidade disposta no item 3.2 (ausência de parecer jurídico prévio) foi afastada diante da seguinte argumentação:

[...]

Da análise do feito, tenho que, a despeito do louvável zelo da área técnica, no caso concreto, o exame e aprovação prévios da assessoria jurídica da Administração não possui o mesmo peso que nos processos licitatórios, nos contratos e outros ajustes, **vez que o convênio firmado entre as partes foi previsto em lei municipal que definiu o seu objeto e valor.**

Assim, entendo que a aprovação do ajuste administrativo (o convênio 11/2011), se deu através da Lei Municipal 3391/2011, sendo de somenos importância a apreciação pela assessoria jurídica da Administração, **que não poderia discutir a autorização legislativa, ainda que recomendável, se tratando de lei cogente.**

Posto isto, **divergindo parcialmente** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial, bem como do Eminent Relator destes autos, **afasto o presente indicativo de irregularidade.**

[...]

Data venia, conforme já exposto na manifestação ministerial alhures, o parecer jurídico elaborado por profissional da área jurídica devidamente habilitado, pertencente, em regra, ao quadro efetivo do órgão, é elemento essencial para a regularidade de contratos, convênios e editais, consoante se denota de pacífica jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 3024/2013 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler

O art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 estabelece hipóteses de emissão de pareceres jurídicos vinculantes, **já que dispõe que as minutas dos editais, contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.** Os aditivos contratuais são ajustes ao contrato, motivo pelo qual tal disposição também se aplica aos termos aditivos. O parecerista jurídico, quanto a esses pareceres, pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário.

Informativo de Licitações e Contratos 143/2013

Colegiado: Plenário

Enunciado

As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica, em razão do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Caso o órgão jurídico restitua o processo com exame preliminar, faz-se necessário o seu retorno, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo.

Acórdão 2607/2011 – Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues

As minutas de editais de licitação devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.



Acórdão 478/2011 – Primeira Câmara, Rel. Ubiratan Aguiar

As minutas de editais de licitação, de instrumentos contratuais e de seus aditivos devem ser submetidas ao prévio exame e aprovação da assessoria jurídica, cujo parecer deverá ser assinado e anexado ao processo licitatório correspondente.

Acórdão 5536/2010 – Primeira Câmara, Rel. Augusto Nardes

As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da administração.

Acórdão 265/2010 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro

Faça constar do processo licitatório parecer conclusivo da consultoria jurídica acerca das minutas dos editais, bem como de contratos, etc. à luz do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993.

Acórdão 2306/2009 – Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues

É irregular a celebração de convênios na ausência de elementos essenciais como regularidade fiscal, comprovação do exercício pleno de propriedade do imóvel, licenças ambientais exigidas, apreciação das minutas de convênio pela assessoria jurídica; bem como a liberação de recursos sem correspondência com a execução física do objeto.

Acórdão 2574/2009 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro

Observe a exigência legal que determina a juntada ao processo administrativo dos pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, em atendimento ao art. 38, inciso VI da Lei nº 8666/1993.

Acórdão 2387/2007 – Plenário, Rel. Augusto Sherman

Junte, aos autos dos procedimentos licitatórios, os pareceres técnicos ou jurídicos que tenham sido emitidos, conforme art. 38, VI, da Lei nº 8.666/1993.

Decisão 955/2002 – Plenário, Rel. Benjamin Zymler

Submeta as minutas de editais de licitação, de instrumentos contratuais e de seus aditivos ao prévio exame e aprovação da assessoria jurídica, conforme preceitua o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, incluindo o parecer devidamente assinado no processo correspondente.

Hely Lopes Meireles³ conceitua parecer como:

Pareceres – Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, **salvo se aprovado por ato subsequente**. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva. (grifo nosso).

Assim, o parecer jurídico não é ato administrativo, sim opinião que irá orientar o gestor na prática do ato administrativo. Serve de alicerce jurídico a decisão administrativa, visto que analisa a adequação do ato às normas constitucionais e infraconstitucionais, orientando o administrador público.

³ Id., 26ª ed., pg. 185.



Cabe trazer à baila entendimento da Advocacia-Geral da União prolatado no parecer 36/2012, dissertando sobre a seriedade da análise jurídica prévia nos convênios administrativos:

PARECER nº 36 /2012/DEPCONSU/PGF/AGU PROCESSO Nº 00407.01883/2012-44 INTERESSADO: Procuradoria Federal Junto SUDECO (Superintendência do Desenvolvimento do Centro-Oeste) ASSUNTO: Direito Administrativo. Convênios. Ausência de manifestação da assessoria jurídica previamente subscrição da avença.

Ementa: I. ausência do parecer previsto no artigo 38, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993, não acarreta nulidade do procedimento; demanda, contudo, apuração; II. realidade demonstrada nos autos evidencia um excesso de processos, que permite afirmar mitigação de responsabilidades; III. predita irregularidade não convalidável. Em qualquer manifestação posterior poderá advogado público, contudo, avaliar os possíveis vícios do negócio jurídico, recomendando ajustes ou declaração de nulidade do feito; IV. legal salutar que as manifestações jurídicas ocorram independentemente da emissão de nota empenho, permitindo que controle de legalidade se dê ao longo do ano, de forma evitar acúmulo de processos ao final do exercício.

[...]

29. **Administração, ao não submeter as minutas de convênio, edital ou contrato aprovação do órgão jurídico, estará abdicando do poder-dever de submetê-las ao controle interno de legalidade, que, per si, pode levar responsabilização da autoridade que agiu com dolo ou culpa.** [grifo nosso]

30. remessa dos autos para posterior manifestação do órgão jurídico, uma vez deflagrada licitação ou assinado contrato ou termo de convênio **não tem condão de sanear omissão da autoridade.** A manifestação do artigo 38 é prévia; qualquer manifestação posterior terá natureza distinta. [grifo nosso]

[...]

37. **Em breve síntese: ausência de manifestação jurídica irregularidade que, em regra, deve ser apurada.** Não gera nulidade do procedimento. No entanto, considerando realidade que envolve os convênios instrumentos congêneres subscritos aos milhares no mês de Dezembro, suposta responsabilidade de administradores advogados públicos resta mitigada. [grifo nosso]

38. Nesse sentido, recomendação que os membros da PGF, **que porventura se deparem com convênios vigentes sem aprovação prévia da unidade jurídica, levem em consideração situação fática envolvida na suposta omissão do Administrador, recomendando apuração de responsabilidade tão-somente nas hipóteses em que em que não existem excludentes de ilicitude, tais como demonstrado excesso de processos em andamento.** [grifo nosso]

[...]

40. Antes de tudo, importante destacar que não existe hipótese de convalidação. Explico. A previsão do artigo 38 possui quatro elementos distintos: primeiro de competência (o advogado público), segundo de autoridade (aprovação ou não das minutas), terceiro de objeto (análise de minutas) e quarto de natureza temporal (previamente assinatura do convênio).

41. **A manifestação do artigo 38 tem tempo certo. É condição essencial desse ato o predito momento processual. Não praticado tempo, incide preclusão. E, obviamente, qualquer ato administrativo posterior não poderá convalidar**



outro ato cuja execução está preclusa. É condição essencial da manifestação do artigo 38 sua precedência subscrição da avença. Pode-se dizer, inclusive, que há perda de objeto, uma vez que, nesses casos, inexistem minutas serem analisadas aprovadas (todas já foram convoladas em instrumento de convênio, subscrito formalizado).

42. Eventual manifestação do órgão jurídico após assinatura do convênio tem natureza facultativa para gestor, uma vez que não possível convalidar omissão anterior. Não pode advogado público aprovar ou reprovar minutas que simplesmente não existem no processo.

[...]

Portanto, impossível admitir que a análise da assessoria jurídica seria de menor importância por já existir autorização legislativa para a formalização do convênio, restando, na espécie, cabalmente demonstrada inescusável violação ao art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

III.4 – AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO

O v. Acórdão afastou a irregularidade elencada no item 2.18 da ITC (item 3.6 do Acórdão), sob o seguinte fundamento:

Examinando a documentação juntada em auditoria (fls. 2699-3729, vols. XI a XIII), verifico que se trata do Processo 21086/2010 e contrato 305/2010, **cujo objeto foi a contratação de serviços técnicos especializados de auditoria na folha de pagamento e reforma administrativa (fls. 3165-3174, vol. XII).**

Da documentação citada, observa-se que, pelo contrato social da contratada, conforme serviços antes prestados, no mesmo objeto, a mesma se enquadra no conceito de notória especialização, como previsto no artigo 13, da Lei 8666/1993, e, quanto à singularidade do objeto, cuidou de bem demonstrá-lo a Assessoria Jurídica, em seu Parecer 271/2010, bem fundamentado em doutrina especializada, acolhido pelo Procurador Geral, conforme fls. 3148-3153 (vol. XII), do qual transcrevo parte, *verbis*:

[...]

DO MÉRITO

Preliminarmente, cumpre registrar que tal análise aborda os aspectos gerais do processo, bem como os aspectos jurídicos como exige a Lei nº 8.666/93. Neste ato não se analisa questões de legalidade que não estejam formalmente inseridas por documentos no processo.

Configura, pois, o objeto do contrato o desenvolvimento de atividades complexas, cuja desincumbência demanda, sem dúvida, notório saber, nos principais ramos da Administração Pública.

Não se nega que profissionais diversos figuram como detentores de qualificação profissional para o exercício das atividades exigidas. Contudo, seria um erro pensar que a existência de vários profissionais, igualmente especializados, descaracteriza a singularidade do objeto.

A singularidade – volto a afirmar – há que ser apreciada em si só, e não em face da existência ou não de muitos profissionais aptos.

Acolhe tal raciocínio a professora Vera Lúcia Machado D'Ávila – in Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, organizado por Maria Sylvania Zanella di Pietro – ao afirmar:



“Com efeito, a conclusão é absolutamente correta e calha como luva ao novo dispositivo legal, vez que exigir a exclusividade na prestação do serviço equivaleria a negar vigência ao texto normativo, inviabilizando sua aplicação”.

A autora, em outro trecho da obra, assinala, (...) a existência de uma pluralidade de prestadores potenciais não restringe a aplicação deste dispositivo legal, já que ao poder público é concedida a livre escolha dentre aqueles que são notoriamente especializados para a realização do serviço singular.

Portanto, poderá haver um só prestador como vários prestadores notoriamente especializados, mas, desde que presente o binômio a que nos referimos na questão, restará comprovada a impossibilidade de competição”.

Notoriedade e singularidade completam o binômio a que se refere a autora, que, a propósito, escreve:

“É todo conveniente, entretanto, reafirmar que a inexigibilidade de licitação prevista no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.66/93 só será justificável quando a administração demonstrar a necessidade da prestação de um serviço singular e a notória especialização da pessoa ou empresa contratada”.

[...]

A notória especialização diz respeito às qualidades técnicas que o profissional ou empresa goza na sociedade, fruto do acumulado conhecimento sobre a matéria, bem como do seu desempenho em contratações anteriores. Seu trabalho e seu nível de conhecimento permitem à Administração considerar, de início, que estes poderão, de forma adequada, satisfazer plenamente aos objetivos do contrato.

Há que ser, para tanto, profissional ou empresa bem-sucedidos, credores de bom conceito na área profissional, de forma que suas credenciais tranquilizem o gestor público quanto à capacitação para desempenhar tal tarefa. Além da comprovação de que a empresa ou profissional sejam notoriamente especializados, aptos, portanto, a desempenhar os serviços listados no art. 13 desta lei, será necessário que o objeto a ser contratado seja de natureza singular.

[...]

Não se trata de querer que a inexigibilidade somente ocorra para os serviços em que um único contratado tenha condições de executá-lo, porque neste caso a contratação direta dar-se-ia por existir um único profissional ou empresa em condições de atender aos requisitos exigidos pela Administração.

Nesta senda, podemos concluir que o objeto pretendido goza do conceito de sui generis, sendo assim, com razoável dose de complexidade, de tal forma individualizadora que justifique a dispensa de todo o procedimento licitatório.

– g.n

Ademais, observo do objeto contratado que, embora pareçam simples os serviços de **auditoria na folha de pagamento, vê-se pela descrição final que, além do referido procedimento, o contrato objetivou também a reforma administrativa, serviço mais especializado, não devendo ser realizado tal serviço por qualquer profissional ou empresa de auditoria.**

Ressalte-se, ainda, que no item seguinte (2.19 da ITC) foi arguida a liquidação irregular da despesa, ou seja, da execução contratual, sendo a irregularidade afastada pela área técnica, ante a comprovação, pela defesa, da regularidade do feito.

Posto isto, **divergindo** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial, bem como do Eminent Relator destes autos, **afasto a presente irregularidade.**



Contudo, no presente caso, não é possível concordar com a contratação direta do Grupo CIAP para efetuar auditoria na folha de pagamentos e reforma administrativa, visto que em momento algum a administração municipal de Aracruz provou a inviabilidade de competição, pressuposto lógico para inexigir o procedimento licitatório.

Ressalta-se que não se vislumbra exclusividade, muito menos singularidade nos serviços ofertados pelo Grupo CIAP, conforme já explanado na ITC às fls. 16356/16357 do TC-1079/2012:

Destaca que em nenhum momento a PMA apresentou projeto, estudo, relatório ou qualquer outro instrumento detalhando as necessidades reais do órgão que respaldassem a solicitação do secretário, **bem como, não definiu os serviços “técnicos especializados” a serem contratados.**

A equipe conclui que **não cabe contratação direta dos serviços, tendo em vista a ausência de demonstração da impossibilidade de serem realizados pela própria Administração ou por empresa contratada através procedimento licitatório.**

[...]

Outrossim, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais colacionados pelo próprio justificante (fls. 6.479 a 6.482) **são uníssomos no sentido de que a inexigibilidade de licitação somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular.**

A singularidade, no caso concreto, não foi demonstrada, vez que existem várias empresas de pequeno, médio e grande porte que realizam serviços de auditoria, consultoria e promoção de concursos públicos.

Por fim, entende-se que a desorganização administrativa vivenciada pelo município há anos, alegada pelo defendente, não é causa de inexigibilidade de licitação prevista na lei.

José dos Santos Carvalho Filho⁴ esclarece que a exclusividade precisa ser comprovada, assim como a empresa necessita ter notória especialização e fornecer serviços singulares:

A exclusividade precisa ser comprovada. **A comprovação se dá através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação, a obra ou o serviço; pelo sindicato, federação ou confederação patronal; ou, ainda, por entidades equivalentes.**

[...]

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de notória especialização, ou seja, aqueles que desfrutam de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. A lei considera de notória especialização o profissional ou a empresa conceituados em seu campo de atividade. Tal conceito deve decorrer de vários aspectos, como estudos, experiências, publicações, desempenho anterior, aparelhamento, organização, equipe técnica e outros do gênero.

⁴ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes citado por Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. – 30. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

Eros Roberto Grau, citado por Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. – 30. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.



Por outro lado, é preciso que a Administração conclua que o trabalho a ser executado por esse profissional seja essencial e o mais adequado à plena consecução do objeto do contrato.

[...]

Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham natureza singular. Serviços singulares são os executados segundo características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de **que “singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”.**

Esclarece, por fim, o ilustre administrativista⁵ o **rigor com que os Tribunais de Contas devem apreciar as contratações diretas** em razão da desonestidade de muitos administradores públicos:

Não obstante, é mister consignar que a contratação direta no caso em pauta deve ser vista como exceção ao princípio licitatório, e exceção bem delineada. **Lamentavelmente, alguns administradores desonestos ou despreparados têm recorrido a essa modalidade para escapar àquele princípio, cometendo flagrante desvio de finalidade e ofensa ao princípio da moralidade e, frequentemente, provocando graves prejuízos à Administração. Desse modo, cabe aos Tribunais de Contas atuar com rigor na verificação desses casos de inexigibilidade de licitação em virtude da notória especialização do contratado, bem como ao Judiciário invalidar tais contratos e encaminhar ao Ministério Público representação no sentido de ser promovida a responsabilização penal e administrativa dos servidores responsáveis por essa espécie de improbidade ou incompetência.**

Ressaltando a seriedade de preencher os requisitos para configurar inexigibilidade, colaciona-se os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União:

Informativo de Licitações e Contratos 82/2011

Colegiado: Plenário

Enunciado

Contratações públicas: **2 - Na contratação fundamentada na inexigibilidade de licitação prevista no inc. II do art. 25 da Lei 8.666/1993 devem restar comprovadas a inviabilidade da competição, a natureza singular dos objetos contratados e a compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado**, sendo que a simples apresentação de currículos não se presta, por si só, a demonstrar a notória especialização do contratado

Acórdão 1802/2014 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro

É vedada a inexigibilidade de licitação quando não comprovado o requisito da inviabilidade de competição. É dever do agente público responsável pela contratação confirmar a condição de exclusividade, nos casos em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

⁵ Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. – 30. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.



Acórdão 1964/2012 – Segunda Câmara, Rel. Augusto Nardes

Deve ser explicitado nos processos de contratação por inexigibilidade de licitação, os requisitos da singularidade do objeto, da notória especialização do contratado e da inviabilidade fática e jurídica da competição.

Acórdão 9554/2011 – Primeira Câmara, Rel. Valmir Campelo

A contratação por inexigibilidade de licitação exige a demonstração de inviabilidade de competição e a presença de orçamento detalhado de custos para, além de atender as exigências legais, munir a Administração de instrumentos que possibilitem questionar os serviços prestados e contestar eventuais cobranças indevidas que lhe forem dirigidas. A ausência desses requisitos implica responsabilização do gestor perante o TCU.

Súmula nº 255

“Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade”. (grifo nosso)

Ademais, nos termos do art. 89 da Lei n. 8.666/93, configura crime “... **inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade**”, o que revela a gravidade da conduta praticada.

Destarte, no caso concreto, não houve evidenciação de que o atendimento da necessidade da Administração implicaria a inviabilidade de competição, sendo ilegal a contratação direta perpetrada.

III.5 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS INERENTES A SETOR DA ADMINISTRAÇÃO

Prevaleceu no v. Acórdão recorrido o seguinte entendimento:

Examinando apenas o relato técnico, verifico das transcrições da lei municipal (fls. 16361-16363), que, dentre as atribuições da Secretária de Planejamento Estratégico, consta que deve promover a avaliação, controle e acompanhamento da execução do orçamento anual, diretrizes orçamentárias e plano plurianual (inciso VIII, do art. 53).

Para tanto, conta a Secretaria com uma Gerência de Planejamento Estratégico, esta, dotada de uma Seção de Planejamento Orçamentário e Participativo, **a quem compete realizar estudos necessários à elaboração dos instrumentos de planejamento (PPA, LDO e LOA), em articulação com os vários órgãos da Administração (art. 56 e 58, inciso I).**

Além disto, conta a Prefeitura, segundo o relato técnico, **com uma Comissão Permanente de Apoio às Ações de Elaboração e Acompanhamento do Plano Plurianual de Aplicação – PPA e da Lei Orçamentária Anual – LOA composta de 23 servidores.**

Não vislumbro, pois, das atividades legais pertinentes à Seção de Planejamento Orçamentário e Participativo, nem da referida Comissão, **a função de elaborar as Leis Municipais do Plano Plurianual – PPA, de Diretrizes Orçamentárias – LDO e do Orçamento Anual – LOA, sendo suas atribuições apenas de**



realização de estudos e de apoio às ações de elaboração dessas leis e de acompanhamento e avaliação de suas execuções.

As atividades descritas podem ser realizadas por quaisquer servidores minimamente especializados para tais fins, que devem pertencer ao quadro próprio de pessoal, já a elaboração dos projetos de lei exige conhecimento mais especializado em termos técnicos e jurídicos, mão de obra cara para as municipalidades, ainda que de grande porte.

No tocante às alegações técnicas de que a elaboração de leis do PPA, LDO e LOA é função típica, permanente e indispensável ao funcionamento da administração pública, creio que não deve prosperar, haja vista que se elabora LDO e LOA apenas uma vez por ano, e PPA a cada quatro anos, tendo-se que levar em conta o custo dessa mão de obra permanentemente para a municipalidade, obviamente, o ideal é que se tenha sobredita mão de obra nos quadros permanentes.

Posto isto, assim como tenho decidido nos processos de minha relatoria, **divergindo** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial, bem como do Eminent Relator destes autos, **afasto a presente irregularidade.**

Configura a hipótese hialina terceirização ilícita de atividade típica de servidor público, investido no cargo mediante prévia aprovação em concurso público, não tendo sido demonstrada, de forma efetiva, o caráter excepcional da contratação.

Necessário mencionar a existência do Parecer/Consulta TC-011/2013 (Processo TC-5607/2010), dessa Corte de Contas, que trata da **impossibilidade de contratação de assessoria jurídica para realização de serviço de natureza contínua e permanente**, cuja resposta possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese⁶, que **somente pode ser alterado ou revogado pelo voto favorável da maioria absoluta** dos seus membros⁷.

O mesmo entendimento, *mutatis mutandis*, deve ser aplicado na espécie, pois não há qualquer justificativa para a referida terceirização dos serviços inerentes ao setor da administração.

Além disso, pertinente rememorar julgados já citados no parecer ministerial às fls.997/999 do TC-7169/2012 que demonstram a predominância da regra do concurso público, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão n. 2165/2009 e Acórdão 71/2003) e de diversos Tribunais de Contas Estaduais (TCE/ES – Acórdão TC-0353/2010; TCE/MG - Consulta 747448/2012 e Consulta 746716/2008; TCE/SC – Prejulgado 1911, Prejulgado 1277, Acórdão n. 74/2016 e Acórdão 627/2015; e TCE/PR – Prejulgado 06 e Acórdão n. 4335/2016 - Pleno), dos quais se extrai que a **terceirização só pode ser utilizada em hipóteses excepcionais.**

⁶ LC n. 621/2012: Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, órgão de controle externo do Estado e dos Municípios, nos termos da Constituição Federal e Estadual e na forma estabelecida nesta Lei Complementar, compete: [...] **XXIV** - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, possuindo a resposta caráter normativo, e constituindo prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto;

⁷ RITCEES: Art. 233. [...] § 4º O parecer em consulta possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou caso concreto. § 5º Não obstante a existência de prejulgado sobre matéria objeto de consulta poderá o Tribunal alterar ou revogar decisão anterior, pelo voto favorável da maioria absoluta dos seus membros, computando-se o voto do Presidente.



Contudo, mesmo diante do entendimento mais recente desta Corte de Contas, que admite, excepcionalmente, a possibilidade de contratação nos casos em que constatada demandas altamente especializadas, excesso de demandas e demandas com potencial conflito de interesses, tal análise deverá ser realizada diante do caso concreto.

Nesse sentido, tratando da possibilidade de terceirização dos serviços de advocacia, vale destacar o didático voto proferido pelo eminente **Conselheiro Domingos Augusto Taufner**, constante dos autos TC 6948/2012, oportunidade na qual traçou os conceitos de demandas altamente especializadas, excesso de demandas e demandas com potencial conflito de interesse, da seguinte maneira:

[...] As demandas especializadas são aquelas em que existe uma alta complexidade e que dificilmente haveria no quadro próprio de advogados alguém com experiência razoável no assunto demandado e mesmo que existisse alguém com disposição de estudar o assunto, o tempo de preparação tenderia a ser bem maior do que os prazos processuais a serem cumpridos. E mesmo no mercado privado a procura por um profissional não seria fácil, o que poderia levar a contratação por inexigibilidade de licitação devido à notória especialização.

[...] O excesso de demandas ocorre quando devido fato, seja da natureza, seja da economia, seja da entrada em vigor de uma nova lei, surge um número excessivo de demandas judiciais. Neste caso, é possível a terceirização de seu contingente advocatício caso a empresa não conte com uma estrutura suficientemente capaz de realizar as defesas e o acompanhamento destas demandas imprevistas.

[...] As demandas com potencial conflito de interesses são aquelas em que o objeto guarda alguma relação com interesse da maioria do corpo de advogados da empresa. Trata-se de uma situação complicada e que ocorre de maneira mais frequente nas demandas trabalhistas, como é o caso deste processo. Não há dúvida que é natural, e até compreensível, por ser da natureza humana, que as pessoas não tenham impulso em trabalhar de maneira eficiente em algo que poderia prejudicar um interesse direto, tal como: salário, gratificação, horário de trabalho, auxílio, descontos em folha etc. Neste caso, a terceirização tende a ser mais eficiente, pois as demandas serão defendidas por advogados que não tem interesse direto na causa. Entretanto, mesmo assim, isso não isenta a empresa de ter no seu quadro advogados trabalhistas, tanto para fiscalizar a execução do contrato, quanto para atuar em outras demandas em que claramente não há conflito de interesses.

Desta forma, **avaliando o caso concreto**, extrai-se que a contratação para assessoria e consultoria contábil se deu para o desempenho de atividades precípuas da Administração Pública, correspondendo, assim, a tarefas permanentes, contínuas, inerentes e indispensáveis à atividade-fim do Município, motivo pela qual **devem ser, impreterivelmente, executadas por servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo, selecionado em observância ao princípio do concurso público, consoante art. 37, inciso II, da Constituição Federal.**

Ademais, a escassez de pessoal capacitado e os baixos salários percebidos pelos servidores públicos municipais não autorizam por si só as contratações celebradas, devendo, ao contrário, a problemática ser solucionada em observância ao ordenamento jurídico.



Cumpre destacar que a irregularidade verificada na auditoria, referente aos exercícios de 2010 e 2011, não se verifica de maneira isolada na Prefeitura de Aracruz, pois a irregularidade na terceirização dos serviços de assessoria contábil é prática reiterada tanto em prefeituras quanto em câmaras, sendo merecedora de reparo por esta Egrégia Corte de Contas.

Desta maneira, vale destacar que situação semelhante foi verificada no município de Ecoporanga, nos termos da Representação TC nº 1633/2014, referente ao exercício de 2014, no qual se tratava da realização da Tomada de Preços nº 1/2014, cujo objeto era a contratação de assessoria contábil.

Naquela oportunidade, após a notificação dos responsáveis, foram apresentadas as justificativas informando o cancelamento do Contrato nº 36/2014, decorrente da Tomada de Preços nº 01/2014, motivo pelo qual o Acórdão TC-319/2014 concluiu pela extinção do processo sem julgamento do mérito com a expedição de recomendação para que se abstenham de promover licitação cujo objeto seja coincidente com as competências próprias dos servidores, conforme destaca-se:

[...] **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-1633/2014, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão Plenária realizada no dia vinte e sete de maio de dois mil e quatorze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

1. **Extinguir** o processo sem julgamento do mérito em razão da perda superveniente do objeto;
2. **Recomendar** aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Ecoporanga que se abstenham de promover licitações cujo objeto seja coincidente com as competências próprias de servidores ocupantes de cargo público, sob pena de se infringir disposições constitucionais atinentes à Administração Pública, em especial a regra do concurso público descrita no inciso II do artigo 37 da CF/88; [grifo nosso]
3. Após o trânsito em julgado, **arquivar** os autos.

Cumpre enfatizar, ainda, o recente entendimento proferido no **Acórdão TC-826/2017**, nos termos do voto vista do eminente Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, no sentido de manter a irregularidade referente à terceirização indevida de atividade típica de servidor público, nos seguintes termos:

[...] Registro que já proferi votos favoravelmente à terceirização de serviços de assessoria contábil em outras oportunidades, porém, sempre diante das especificidades do caso concreto.

Na hipótese em testilha, não há como acolher as justificativas dos responsáveis, notadamente diante do Acórdão TC 3019/2014 TCEES – Plenário, específico para a situação semelhante ocorrida em exercício diverso.



Registro, ademais, que foi muito bem colocado pela Área Técnica, conforme a seguir transcrito, que o Prefeito tinha ciência de que este Tribunal considera irregular tal contratação:

“Importante destacar que a Prefeitura de Ecoporanga tinha plena ciência da ilicitude, uma vez que no exercício anterior (2014) realizou a Tomada de Preços 1/2014, para o mesmo objeto, cujo cancelamento deu-se após citação deste TCEES, tendo sido proferido acórdão em 27/5/2014 no seguinte sentido:

ACÓRDÃO TC-319/2014 - PLENÁRIO
PROCESSO - TC-1633/2014
JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE ECOPORANGA
ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO
[...]

RESPONSÁVEIS - PEDRO COSTA FILHO E ELBERTO GONÇALVES DE SOUZA
[...]

2. Recomendar aos atuais gestores da Prefeitura Municipal de Ecoporanga que se abstenham de promover licitações cujo objeto seja coincidente com as competências próprias de servidores ocupantes de cargo público, sob pena de se infringir disposições constitucionais atinentes à Administração Pública, em especial a regra do concurso público descrita no inciso II do artigo 37 da CF/88;

Diante dessa exposição, **mantenho a irregularidade, imputando multa individual pecuniária aos Srs. Pedro Costa Filho e César José de Oliveira, em valor a ser quantificado ao final, já que suas responsabilidades restaram efetivamente demonstradas e seus argumentos de defesa não foram capazes de elidir as constatações feitas pela Área Técnica.**

Portanto, a situação apresentada nos autos não envolve demandas altamente especializadas, excesso de demandas ou demandas com potencial conflito de interesses, não havendo razão para o afastamento da irregularidade indicada, ressaltando-se que esta situação de ilegalidade vem sendo praticada por diversos municípios, carecendo de uma atuação mais efetiva por parte dessa Corte de Contas, dada a afronta literal ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

III.6 – SERVIÇOS SEM FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO E CONSEQUENTE LIQUIDAÇÃO IRREGULAR

Colhe-se do v. Acórdão que o apontamento atinente a contratação de serviços sem finalidade e interesse público foi expurgado em razão do seguinte embasamento:

Examinando o feito, verifico que as **razões da manutenção** do presente indicativo de irregularidade são as **mesmas** apresentadas com relação ao **item anterior: terceirização dos serviços contábeis de elaboração de projetos de leis orçamentárias, projeções de receitas e despesas e consultoria contábil, que, por se tratarem de atividades rotineiras da Administração, devem ser realizadas por servidores de carreira.**

Observe-se que o tema do item anterior é: **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS INERENTES A SETOR DA ADMINISTRAÇÃO**, que significa dizer **SERVIÇOS SEM FINALIDADE E INTERESSE PÚBLICO**.



Dessa forma, trago à colação a mesma análise e as mesmas conclusões da irregularidade constante do item anterior:

Examinando apenas o relato técnico, verifico das transcrições da lei municipal (fls. 16361-16363), que, dentre as atribuições da Secretária de Planejamento Estratégico, consta que **deve promover a avaliação, controle e acompanhamento da execução do orçamento anual, diretrizes orçamentárias e plano plurianual (inciso VIII do art. 53).**

Para tanto, conta a Secretaria com uma Gerência de Planejamento Estratégico, esta, dotada de uma Seção de Planejamento Orçamentário e Participativo, **a quem compete realizar estudos necessários à elaboração dos instrumentos de planejamento (PPA, LDO e LOA), em articulação com os vários órgãos da Administração (art. 56 e 58, inciso I).**

Além disto, conta a Prefeitura, segundo o relato técnico, **com uma Comissão Permanente de Apoio às Ações de Elaboração e Acompanhamento do Plano Plurianual de Aplicação – PPA e da Lei Orçamentária Anual – LOA composta de 23 servidores.**

Não vislumbro das atividades legais pertinentes à Seção de Planejamento Orçamentário e Participativo, nem da referida Comissão, a função de elaborar as Leis Municipais do Plano Plurianual – PPA, de Diretrizes Orçamentárias – LDO e do Orçamento Anual – LOA, sendo suas atribuições apenas de realização de estudos e de apoio às ações de Elaboração dessas leis, de acompanhamento e avaliação de suas execuções.

As atividades descritas podem ser realizadas por quaisquer servidores minimamente especializados para tais fins, que devem pertencer ao quadro próprio de pessoal. Já a elaboração dos projetos de lei exige conhecimento especializado em termos técnicos e jurídicos, mão de obra cara para as municipalidades, ainda que de grande porte.

No tocante às alegações técnicas de que a elaboração de leis do PPA, LDO e LOA é função típica, permanente e indispensável ao funcionamento da administração pública, não deve prosperar, haja vista que se elabora LDO e LOA apenas uma vez por ano, e PPA a cada quatro anos ou mais, tendo-se que levar em conta o custo dessa mão de obra permanentemente para a municipalidade.

Posto isto, **divergindo** do entendimento técnico e do Órgão Ministerial, bem como do Eminent Relator destes autos, **afasto a presente irregularidade, bem como o ressarcimento proposto.**

Contudo, conforme dito alhures, a Prefeitura de Aracruz ao contratar a empresa Notória Planejamento e Marketing Ltda. para a prestação de serviços de assessoria e consultoria contábil em detrimento dos serviços prestados pelos servidores do quadro, incorreu na terceirização ilegal de serviços típicos da administração.

Vale destacar que o dano ao erário é verificado na contratação de serviços desnecessários ao interesse público, uma vez que a administração municipal já dispunha de servidor especializado para execução de tais efetividades, configurando-se a contratação como despesa antieconômica, em violação ao art. 70 da CF.



Deste modo, diante do pagamento em duplicidade que gerou dano ao erário municipal, é devido o ressarcimento ao erário no montante de 83.700,00, equivalentes a 39.636,31 VRTE, sem prejuízo da aplicação de sanções pecuniárias aos gestores responsáveis.

III.7 – PAGAMENTOS IRREGULARES DE JUROS E MULTAS

É possível extrair do v. Acórdão que o voto vencedor adotou em relação a este item (3.9 – pagamentos irregulares de juros e multas), como fundamento determinante da decisão, a ausência de matriz de responsabilidade, extinguindo o processo sem resolução de mérito em relação aos agentes envolvidos, como segue:

Examinando os autos, verifico da documentação juntada em auditoria (fls. 5254-5350), que resta comprovado o pagamento de juros e multas, no montante informado, decorrentes de pagamentos com atraso a fornecedores e ao INSS referente a retenções de terceiros prestadores de serviços,

Desta maneira, claro está, da análise da situação de fato, que **“não há elementos subjetivos para responsabilizar o ex-Prefeito Municipal” relativamente às irregularidades pelo não recolhimento das contribuições previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social – REGPS, bem como do Regime Próprio de Previdência social – RPPS na data oportuna**, sobretudo em havendo norma de desconcentração.

Pelo contrário, resta evidente que **não houve por parte do ex-Prefeito Municipal qualquer conduta que ensejasse sua responsabilidade perante as irregularidades concernentes** ao não recolhimento das contribuições previdenciárias na data de seu vencimento, parece-me que este caso se aplica ao caso do Secretário, ora em análise.

No que se refere a este fato, o Poder Judiciário tem firmado jurisprudência exatamente neste sentido, *litteris*:

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. EX-PREFEITO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE PREFEITO. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NO AUTO DA INFRAÇÃO. (09). 1. **“O prefeito municipal não se equipara ao titular de empresa privada no tocante a responsabilidade objetiva em face da falta de recolhimento de contribuições previdenciárias”**. (REsp nº 36.483/RS. Rel. Ministro Vicente Leal. STJ. UNÂNIME. D. J. 12/02/1996. pág. 2.445.) (HC 0047216-35.2013.4.01.0000 / PA, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, TERCEIRA TURMA, e-DJF1 p. 326 de 20/09/2013) 2. **Responsabilidade do prefeito pelo não-recolhimento das contribuições previdenciárias necessita da demonstração da culpabilidade e, tal como decidido no acórdão regional, por meio do devido processo legal**. Precedentes: REsp 898.507/PE, Rel. Min. Castro Meira, DJe 11.9.2008 e REsp 838.549/SE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28.9.2006, p. 225. (AgRg no REsp 902.616/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 18/12/2008) 3. Apelação e remessa não providas. (TRF 1ª R.; Ap-RN 0008117-12.2006.4.01.3813; Sétima Turma; Relª Desª Fed. Ângela Catão; DJF1 27/04/2018) – g.n.

In casu, observadas as devidas proporções, entendo que a responsabilidade diz respeito efetivamente ao pagamento de juros ao INSS e fornecedores, decorrentes de pagamentos em atraso, todavia, o entendimento jurisprudencial acima citado se amolda a presente análise, vez que o acessório (juros)



acompanha o principal (contribuições previdenciárias) e obrigações com fornecedores.

Denota-se, ainda, que, apesar do Senhores Zamir Gomes Rosalino e Durval Valentin do Nascimento Blank, terem autorizado o pagamento de juros, os mesmos não foram os causadores pela totalidade do dano ao erário.

Deste modo, a equipe técnica não apresentou planilha discriminando o montante individual de cada gestor responsável, assim recaindo a totalidade do prejuízo sobre os ombros dos gestores ora responsabilizados.

Daí dizer que a sucessão de atos que ensejaram o pagamento de juros diz respeito à matriz de responsabilidade, **sendo indispensável a discriminação da conduta de cada agente responsável, com a individualização do dano, não podendo os agentes em análise, suportar a sua totalidade, quando a maior parte do prejuízo não foram eles que deram causa, evidente que os gestores anteriores deveriam suportar grande parte do ônus a que deram causa.**

No caso em apreço, não houve a devida demonstração do nexo de causalidade entre a conduta praticada e o resultado, no caso, o prejuízo decorrente do pagamento de juros, visto que a conduta imputada foi a de autorizar o pagamento e este não poderia deixar de ser realizado, sob pena de paralisar toda a Administração Pública, ao não possuir certidão negativa, de maneira que entendo que não se deve imputar o ressarcimento, sob pena de se incorrer em responsabilidade objetiva.

Assim sendo, importa dizer que, no caso do recolhimento em atraso de contribuições previdenciárias **deve ser demonstrado o nexo causal entre sua conduta e o resultado, não havendo margem para responsabilidade objetiva, como já se disse, de maneira que deve ser extinto o processo sem resolução de mérito a este respeito, em relação a todos os agentes envolvidos.**

Com relação ao opinamento do Órgão Ministerial de infligir, com reserva de Plenário, aos Srs. Jones Cavaglieri, Ademar Coutinho Devens, Paulo Roberto Bottini, Zamir Gomes Rosalino e Durval Valentin do Nascimento Blank, a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração estadual ou municipal, pelo prazo de 05 (cinco) anos, com base no artigo 139 da Lei Complementar 621/2012, **deixo de acolher, em razão dos resultados da análise ora procedida, e, ainda, do disposto no artigo 141, inciso II, da mesma lei.**

Constato, por fim, do rol de **responsáveis**, constante da ITC 04171/2017-6, que dele constam os nomes dos Srs. Ademar Coutinho Devens (Prefeito Municipal no período de 4/5/2011 a 31/12/2011), Adalto Ezidio (Secretário Municipal de Finanças), Wagner José Elias Carmo (Procurador Geral), CMS Assessoria e Consultoria S/C Ltda. (contratada), e Carlos Alberto Favalessa (Subsecretário Municipal de Turismo), **aos quais não fora atribuída qualquer das irregularidades analisadas na referida Instrução Técnica Conclusiva.**

Assim sendo, **deve o processo ser extinto, sem resolução de mérito, no que concerne a este item de irregularidade, em relação aos agentes mencionados.**

[...]



Trata o apontamento de pagamento de multas e juros em razão recolhimento de contribuições previdenciárias e de fornecedores em atraso.

De acordo com as exposições do v. Acórdão não há responsabilidade dos gestores pelo pagamento de juros e multa pois não deram causa aos atrasos.

Contudo, os secretários e prefeitos são ordenadores de despesas e como tais assumem a responsabilidade por todos os atos de gestão praticados, pessoalmente ou não. É obrigação pessoal demonstrar efetivamente a regular aplicação dos recursos públicos.

Seguindo a mesma linha, o Tribunal de Contas de Santa Catarina julgou irregular a tomada de contas especial contra o Prefeito de Meleiro, bem como determinou o ressarcimento ao erário dos juros e multas pelas importâncias pagas em atraso, conforme se extrai do Acórdão n. 1765/2008 do processo n. 02/03501551:

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro no art. 59 c/c o art. 113 da Constituição do Estado e no art. 1º da Lei Complementar n. 202/2000, em:

6.1. Julgar irregulares, com imputação de débito, com fundamento no art. 18, inciso III, alíneas "b" e "c", c/c o art. 21, caput, da Lei Complementar n. 202/2000, as contas pertinentes à presente Tomada de Contas Especial, que trata de irregularidades constatadas quando da auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Meleiro, [...] **e condenar os Responsáveis a seguir discriminados ao pagamento de débitos de sua responsabilidade, fixando-lhe o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico desta Corte de Contas, para comprovar, perante este Tribunal, o recolhimento do valor do débito aos cofres do Município, atualizado monetariamente e acrescido dos juros legais (arts. 40 e 44 da Lei Complementar n. 202/2000), calculados a partir da data da ocorrência do fato gerador do débito, sem o que, fica desde logo autorizado o encaminhamento da dívida para cobrança judicial (art. 43, II, da Lei Complementar n. 202/2000).** [grifo nosso]

6.1.2. De responsabilidade do Sr. EDGAR SCHNEIDER - ex-Prefeito Municipal de Meleiro, CPF n. 029.201.079-68, as seguintes quantias:

6.1.2.1. R\$ 25.483,76 (vinte e cinco mil quatrocentos e oitenta e três reais e setenta e seis centavos), referente a despesas com pagamento de juros decorrentes de atraso no repasse de valores ao Fundo Municipal de Assistência e Previdência ao Fundo Municipal de Assistência Previdência, em descumprimento ao previsto no art. 4º e no § 1º do art. 12 da Lei (federal) n. 4.320/64 (item III-B.1.1 do Relatório DMU);

6.2.1. R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em face da ausência dos devidos repasses ao Fundo Municipal de Assistência e Previdência, correspondentes à parte patronal e à funcional, em descumprimento ao art. 172 da Lei (municipal) n. 578/93, com as alterações da Lei (municipal) n. 674/94 (item III-B.2.1 do Relatório DMU);

Desta forma, as evidências nos autos são no sentido de que haveria por parte dos agentes públicos apontados na instrução técnica inicial a possibilidade de comportamento distinto, cuja conduta demonstra falta de zelo e cautela na administração dos recursos públicos sob sua tutela, restando descaracterizada a boa-fé.



Deste modo, **deve a irregularidade permanecer, com a aplicação da respectiva sanção aos gestores e imposição de ressarcimento ao erário do montante de R\$ 271.104,21, equivalentes a 128.381,97.**

IV – DO PEDIDO

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido para reformar o **v. Acórdão TC-00247/2019-9 – Primeira Câmara, e converter o feito em tomada de contas especial**, nos termos do arts. 57, inciso IV, e 115 da LC n. 621/2012, bem como julgá-la **IRREGULAR**, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”, do indigitado estatuto legal para:

1 – condenar JONES CAVAGLIERI, PAULO ROBERTO BOTTONI e LIGA DE FUTEBOL DE ARACRUZ ao ressarcimento ao erário, em solidariedade, da importância de **R\$ 300.000,00** (trezentos mil reais), equivalentes a 142.065,63 VRTE, **aplicando-lhes multa proporcional ao dano**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 3.1⁸ do Acórdão;

2 – condenar JONES CAVAGLIERI, ADEMAR COUTINHO DEVENS e DOUGLAS CERQUEIRA GONÇALVES ao ressarcimento ao erário, em solidariedade, da importância de **R\$ 83.700,00** (oitenta e três mil, setecentos reais), equivalentes a 39.636,31 VRTE, **aplicando-lhes multa proporcional ao dano**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 3.8⁹ do Acórdão;

3 – condenar JONES CAVAGLIERI, ADEMAR COUTINHO DEVENS, ZAMIR GOMES ROSALINO e DURVAL VALENTIM DO NASCIMENTO BLANK ao ressarcimento ao erário, em solidariedade, da importância de **R\$ 271.104,21** (duzentos e setenta e um mil, cento e quatro reais e vinte e um centavos), equivalentes a 128.381,97 VRTE, **aplicando-lhes multa proporcional ao dano**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 da LC n. 621/2012 c/c art. 386 do RITCEES, em decorrência dos prejuízos descritos no item 3.9¹⁰ do Acórdão;

4 – com espeque no art. 87, inciso IV, c/c 135, incisos I, II e III, da LC n. 621/2012 e art. 389, incisos I, II e III do RITCEES, cominar multa pecuniária a JONES CAVAGLIERI (3.1, 3.2, 3.3, 3.7, 3.8 e 3.9), ADEMAR COUTINHO DEVENS (3.6, 3.7, 3.8 e 3.9), PAULO ROBERTO BOTTONI (3.1, 3.2), ZAMIR GOMES ROSALINO (3.9), DOUGLAS CERQUEIRA GONÇALVES (3.7 e 3.8) DURVAL VALENTIM DO NASCIMENTO BLANK (3.7 e 3.9) e RODOLFO REIS ROSA (3.6);

5 – infligir, com reserva de plenário, a JONES CAVAGLIERI, ADEMAR COUTINHO DEVENS, PAULO ROBERTO BOTTONI, ZAMIR GOMES ROSALINO e DURVAL VALENTIM DO NASCIMENTO BLANK a pena de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração Estadual ou Municipal, pelo prazo de 05 (cinco) anos, com base no art. 139 da LC n. 621/12¹¹, considerando a gravidade das infrações cometidas;

⁸ Item 3.1 - Ausência de finalidade e interesse público na celebração e execução de convênio para o desporto de competição profissional;

⁹ Item 3.8 - Serviços sem finalidade e interesse público;

¹⁰ Item 3.9 - Pagamentos irregulares de juros e multas;

¹¹ Artigo 99 da lei Complementar n. 32/1993 vigente a época dos fatos:

Art. 99 O Tribunal de contas por maioria absoluta dos seus membros poderá, cumulativamente, ou não, com as sanções previstas neste Capítulo, aplicar ao responsável por prática de atos irregulares ou que tenha as suas contas consideradas irregulares, a pena de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração Estadual ou Municipal, por prazo não superior a 05 (cinco) anos, bem como, propor a pena de demissão na forma da lei, no caso de servidor.



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

6 – Por fim, com fulcro no art. 156 da LC n. 621/12, sejam os responsáveis notificados para, querendo, apresentar contrarrazões ao presente recurso.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 8 de julho de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS