



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-00991/2019-9 – 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, 22 de novembro de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 07289/2013-7
Acórdão: TC-00991/2019-9- PRIMEIRA CÂMARA

EGRÉGIO PLENÁRIO,
EMINENTES CONSELHEIROS,

I – BREVE RELATO

O Acórdão TC-009991/2019-9– Primeira Câmara, exarado no Processo TC-07289/2013-7, resolveu o processo de fiscalização, na modalidade de auditoria, o qual se prestou a averiguar a regularidade e legalidade dos atos de gestão praticados nos exercícios de 2012 e 2013 no âmbito da **PREFEITURA DE ARACRUZ**, sob responsabilidade de **ADEMAR COUTINHO DEVENS**, conforme Programa de Auditoria n. 104/2013, nos seguintes termos:

1. ACÓRDÃO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1 MANTER as seguintes **IRREGULARIDADES** apontadas na Auditoria Ordinária, conforme fundamentação acima:

1.1.1 Excesso de formalismo no credenciamento das empresas e na análise das propostas, resultando na desclassificação indevida de licitantes, prejuízo à concorrência do certame licitatório e, ainda, em direcionamento (item 3.3 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5)

Base Legal: Princípios da Moralidade, Impessoalidade, art. 37, Caput, da CF; art. 3º, § 1º, inciso I e art. 30, inciso II e § 5º, da Lei 8.666/93 e Princípios do Interesse Público, Competitividade, Proporcionalidade e Razoabilidade, além das cláusulas 5.3, 5.6 e 6.2.1 do Edital do Pregão 224/11.

Responsável:

Edson Wander Dambroz – Pregoeiro

1.1.2 Ausência de controle na execução de contrato para fornecimento de marmitex (item 3.6 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5)



Base Legal: Infringência ao art. 67, da Lei 8.666/93, bem como ao art. 37, caput, da CF 88 e princípios da eficiência, efetividade e economicidade.

Responsáveis:

Thiago Gonçalves Lamarque – Secretário Municipal de Turismo

Maria Luiza Rocha Marques – Fiscal do Contrato nº 383/2011

1.2 ACOLHER A PRELIMINAR aventada no item 2.1 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5, conforme fundamentação constante naquele item, excluindo qualquer responsabilização em relação ao **Sr. Ademar Coutinho Devens**.

1.3 ACOLHER AS JUSTIFICATIVAS dos Srs. Giacomo Recla Bozi, João Paulo Lecco Pessotti, Wagner Jose Elias Carmo, Ismael da Rós Auer, José Nazareno de Melo, Maria Luiza Depiante Oliveira, Edmilson Martins Schwenck, e Ilza Rodrigues, em relação às irregularidades apontadas.

1.4 REJEITAR AS PRELIMINARES aventadas nos itens 2.2, 2.3 e 2.4 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5, conforme fundamentação constante naqueles itens, em desfavor dos **agentes Ismael da Rós Auer, Giacomo Recla Bozi, e Wagner José Elias Carmo**, respectivamente.

1.5 REJEITAR PARCIALMENTE AS JUSTIFICATIVAS do senhor Edson Wander Dambroz – Pregoeiro, aplicando-lhe multa individual, conforme previsto no artigo 135, inciso II, da LC 621/2012, pela prática do ato ilícito presentificado no subitem 4.1.2 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5, no valor de R\$500,00 (quinhentos reais).

1.6 REJEITAR AS JUSTIFICATIVAS do senhor **Thiago Gonçalves Lamarque** – Secretário Municipal de Turismo, em relação ao subitem 4.1.4 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5, **deixando de aplicar-lhe sanção**, conforme fundamentação acima.

1.7 REJEITAR AS JUSTIFICATIVAS do senhor **Maria Luiza Rocha Marques** – Fiscal do Contrato nº 383/2011, em relação ao subitem 4.1.4 da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5, **deixando de aplicar-lhe sanção**, conforme fundamentação acima.

1.8 DETERMINAR ao atual gestor no sentido de que em futuras contratações passe a observar o prazo máximo de duração dos contratos de serviços contínuos, nos termos em que prescrito no artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/93, bem como no caso da hipótese do §4º, do mesmo diploma legal, passe a fundamentar, de maneira formal, a ocorrência de fato excepcional e imprevisível, estranho à vontade das partes, que tenha justificado a prorrogação de contrato por mais 12 (doze) meses.

1.9 ARQUIVAR após o trânsito em julgado, após ser dada ciência.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/08/2019 – 26ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:



4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator) e Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.
[...]

No entanto, o v. acórdão objurgado incorreu em *error in iudicando*, 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. 2533 do Processo TC-7289/2013 seu ingresso na Secretaria do Ministério Público no dia 25/09/2019. Logo, a contagem do prazo para a interposição do pedido de reexame iniciou-se no dia 26/09/2019 (quarta-feira).

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

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

O v. Acórdão recorrido suprimiu os apontamentos relativos à prorrogação irregular de contrato de locação de veículos leves, médios e pesados e máquinas pesadas; prejuízo ao erário decorrente de contratação de empresa segunda colocada em pregão sem a manutenção das condições do preço ofertado pela primeira classificada; inserção de cláusula restritiva à competição em edital de licitação; Ausência de estudo de viabilidade econômico financeira na locação de veículos; bem como afastou em rasas argumentações o dever de ressarcimento relativo à ausência de controle na execução de contrato para fornecimento de marmitex, mesmo diante de farta documentação colacionada aos autos demonstrando o dano ao erário.



Não obstante, resta evidenciado, de maneira hialina, nos autos do processo de fiscalização, a prática de grave infração à Carta Magna, à Lei de Licitações e dano injustificado ao erário, conforme passa-se novamente a expor nos itens a seguir.

III.1.1 – PRORROGAÇÃO IRREGULAR DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS LEVES, MÉDIOS E PESADOS E MÁQUINAS PESADAS

Extrai-se do v. Acórdão o afastamento da irregularidade descrita no item 2.2.1 – prorrogação irregular de contrato de locação de veículos leves, médios e pesados e máquinas pesadas – diante da seguinte argumentação:

[...]

A presente irregularidade refere-se à prorrogação irregular de contrato de locação de veículos leves, médios e pesados e máquinas pesadas, tendo sido apontados como responsáveis os Srs. Ismael da Rós Auer e Giácomo Recla Bozi, ambos Secretários Municipais de Infraestrutura e Transporte.

Em relação ao Sr. Ismael da Rós Auer, **afasta-se a irregularidade** diante da impossibilidade de se adjudicar e homologar o certame que possibilitaria a substituição dos contratos em curso, já que no certame foram apresentados recursos face à decisão do pregoeiro, e a ocorrência de lotes fracassados (2, 5 e 6), **tornando necessária a prorrogação dos contratos em questão**. Também, nesse contexto, **é preciso reconhecer que não seria natural exigir que a Administração prorrogasse os contratos por idêntico período de vigência conforme contrato original, facultando-se, portanto, a opção por períodos inferiores, com renovações**. (grifo nosso)

Em relação ao Sr. Giacomo Recla Bozi, **afasta-se a irregularidade** diante do **reconhecimento de excepcionalidade suficiente para prorrogar os contratos em questão, que ocorreu em conformidade com o ordenamento jurídico**. (grifo nosso)

Dessa forma, divergimos do *Parquet* de Contas, que foi pela manutenção da irregularidade, que considerou ilícita a prorrogação em tela, e o fazemos diante das razões fáticas trazidas pela Área Técnica, considerando a situação fática excepcional vivenciada.

[...]

Frisa-se que a prorrogação de um contrato administrativo de prestação de serviços de natureza contínua é prerrogativa concedida aos administradores públicos de avaliar a conveniência e oportunidade de continuar com o contrato respeitando o prazo máximo estabelecido no art. 57 da Lei n. 8.666/93.

Contudo, não é facultado ao administrador público, quando da prorrogação de contratos, alterar os termos fixados na celebração inicial, como por exemplo os prazos de vigência.

A legislação é clara ao estabelecer prazos iguais e sucessivos na prorrogação, sob pena de violação ao art. 57, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

No caso vertente, desde a primeira prorrogação dos contratos n. 399/2006 e 400/2006 foram desrespeitados os mandamentos legais, visto que os contratos inicialmente vigoraram por 28 meses e, após, foram aditivados por 1 ano, 3 meses, 5 meses e, por fim, foram prorrogados de 30 em 30 dias.



Assim, não está acobertado pela discricionariedade administrativa a mudança dos termos do contrato.

Ademais, identificou-se a prorrogação dos contratos com infringência ao prazo máximo de duração contratual de 60 meses, eis que não foi demonstrada a excepcionalidade necessária prevista no § 4º do art. 57 da Lei 8.666/93 que justificasse a prorrogação do contrato, assim como não foi realizado o estudo de viabilidade da contratação.

Neste contexto, o dispositivo legal citado é taxativo ao impor um prazo máximo de vigência contratual, bem como de impor determinadas exigências para realização de prorrogações.

Ressalta-se ainda que **não se pode utilizar como justificativa excepcional para a prorrogação o fato da “impossibilidade de se adjudicar e homologar o certame que possibilitaria a substituição dos contratos em curso, já que no certame foram apresentados recursos face à decisão do pregoeiro e a ocorrência de lotes fracassados (2, 5 e 6), tornando necessária a prorrogação dos contratos em questão”**, visto que os fatos que ensejaram as prorrogações sucederam de inércia da administração, decorrente da falta de planejamento do ente, exprimindo, portanto, uma excepcionalidade preparada, ficta.

Desse modo, não há como afastar a irregularidade diante da configuração da prática de **grave infração à norma legal**, razão mesma que o Superior Tribunal Eleitoral considera que o descumprimento da lei de licitações importa irregularidade insanável¹.

III.1.2 – PREJUÍZO AO ERÁRIO DECORRENTE DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA SEGUNDA COLOCADA EM PREGÃO SEM MANUTENÇÃO DAS CONDIÇÕES DO PREÇO OFERTADO PELA PRIMEIRA CLASSIFICA R\$ 718.960,00

Quanto à infração em epígrafe, prevaleceu no v. Acórdão recorrido o seguinte entendimento:

[...]

A presente irregularidade refere-se a prejuízo ao erário decorrente de contratação de empresa segundo colocada em Pregão sem a manutenção das condições do preço ofertado pela primeira classificada.

Destaque que foi acolhida, conforme item pretérito, a preliminar levantada pelo Sr. Ademar Coutinho Devens, para afastar sua responsabilidade.

O presente indício de irregularidade será tratado em mesmo tópico, tanto em relação ao Sr. Edson Wander Dambroz – Pregoeiro, como em relação ao Sr. Giacomo Recla Bozi – Secretário de Infraestrutura e Transportes.

Os incisos XVI e XVII, do art. 4º, da Lei 10.520/02, utilizados pela defesa, referem-se às condições específicas de “se a oferta não for aceitável” (caso de desclassificação) e de “se o licitante desatender às exigências habilitatórias” (caso de inabilitação). São situações em que ainda não tenha sido declarado o vencedor do certame, e, na presente situação, o licitante foi declarado vencedor do lote 1, tendo se recusando a assinar o contrato, o que não se enquadra nos incisos XVI e

¹ O Tribunal Superior Eleitoral considera que o descumprimento da lei de licitações importa irregularidade insanável, consoante precedentes do Ac. de 25/03/2014 no Respe n. 14930, rel. Min. José Antônio Dias Toffoli; Ac. de 14/02/2013 do AgR-Respe n. 12790, rel. Min. Henrique Neves da Silva; Ac. de 22.11.2007 na AR n. 258, rel. Min. Marcelo Ribeiro; Ac. de 11.9.2007 no AgRgREspe n° 26.871, rel. Min. Cezar Peluso; e Ac. de 16.11.2006 no AgRgRO n° 1.178, rel. Min. Cezar Peluso.



XVII, art. 4º, da Lei 10.520/02, mas no § 2º do art. 64, da Lei 8.666/93, com o seguinte teor: “é facultado à Administração quando o convocado não assinar o termo de contrato (...) convocar os licitantes remanescentes (...) para fazê-lo (...) nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado (...)”

[...]

A antieconomicidade do valor contratado é decorrente de dois atos ilegais cometidos pelos agentes envolvidos: ter se recusado em, ao menos, avaliar e justificar a resposta quanto à solicitação de dilação do prazo em 15 dias para a entrega dos veículos por parte da empresa primeira classificada, e, ter descumprimento o art. 64, §2º, da Lei 8.666/93, ao não exigir o preço da primeira colocada.

Ressalte-se que a primeira colocada não foi desclassificada na fase de lances, ou seja, não foi considerada a inexequibilidade de sua proposta. Mesmo assim, em caso de suposta inexequibilidade de preço, o art. 44, § 3º da Lei 8.666/93 deixa claro que antes da desclassificação, far-se-ia necessária a oportunização para que o licitante demonstrasse a exequibilidade de sua proposta, e, nesse sentido, tem-se a Súmula 262 do Tribunal de Contas da União, invocada pela Área Técnica.

Quanto à alegação de que o preço contratado com a segunda classificada seria bastante inferior à média cotada pela Administração, e que o valor primeira colocada seria inexequível, já que muito baixo e supostamente incapaz de cobrir os custos do serviço, é preciso observar que, de fato, o preço médio obtido na pesquisa de preços, no valor de R\$3.638.556,00, é menor que o valor da segunda colocada, que foi de R\$2.524.000,00. Não obstante, o preço ofertado pela primeira colocada, foi no montante de R\$1.805.040,00, o que demonstra, conforme bem ressaltado pela Área Técnica, a impossibilidade de se utilizar os preços médios como referência ou parâmetro de preço de mercado para calcular sobrepreço ou para comprovar a vantagem econômica tanto da primeira quanto da segunda classificada.

Além disso, ressalte-se que o prejuízo ao erário apontado pela equipe de auditoria refere-se à diferença dos preços apresentados pela primeira e segunda classificadas, e não a prestação ou não dos serviços e seus respectivos pagamentos.

Entretanto, a despeito de todo o exposto, os Tribunais de Contas, em sua jurisprudência, clarificam que o dano ao erário resultado de superfaturamento deve ser demonstrado tendo como critério os preços efetivamente praticados no mercado. De modo contrário, a equipe de auditoria teria identificado dano ao erário exclusivamente comparando as propostas da segunda e da primeira classificadas no certame, e não comparando os valores adjudicados com os praticados no mercado à época da contratação. (grifo nosso)

Em relação à presente irregularidade, divergimos do *Parquet* de Contas, que entendeu pelo dano ao erário. Acompanhamos a Área Técnica no sentido de se exigir, para a aferição do dano ao erário, a comparação com os preços efetivamente praticados no mercado, não se contentando com os valores de outras propostas como parâmetro.

Diante de todo o exposto, considerando que a presente irregularidade refere-se a “prejuízo ao erário”, e esse não se constata dos presentes autos, afasta-se a irregularidade em relação ao ora defendente.



[...]

Cabe enfatizar, inicialmente, que a irregularidade não se refere, especificamente, à superfaturamento ou ao sobrepreço decorrente da contratação da empresa segunda colocada.

A infração cometida no presente caso decorre da violação, pela administração de Aracruz, ao art. 64, § 2º, da Lei n. 8666/93, o qual é claro ao determinar que havendo recusa da primeira colocada em assinar o contrato, pode a administração convocar os licitantes remanescentes para assinar o contratado nas mesmas condições propostas pelo primeiro colocado ou revogar a licitação.

Assim, a contratação da segunda colocada por preço superior ao ofertado pela empresa classificada em primeiro lugar já configura dano ao erário, pois ofende o princípio da economicidade, visto que se pagou R\$ 1.070.611,91 a mais para a empresa Rede Brasileira de Automotores Ltda.

Violou-se o art. 70, *caput*, da Constituição Federal e art. 70, *caput*, da Constituição Estadual do Estado do Espírito Santo, conspurcando-se o princípio da economicidade.

Nas palavras de José Afonso da Silva², o controle da economicidade serve para verificar se o órgão procedeu quando da aplicação da despesa pública de modo mais econômico, atendendo a uma adequada relação custo-benefício.

Logo, não resta dúvida de que a contratação da empresa Rede Brasileira de Automotores Ltda. por preço superior ao da empresa classificada em primeiro lugar, mostrou-se indevida, notadamente por configurar grave infração à norma legal, devendo ser ressarcido ao erário o montante de R\$ 1.070.611,91.

III.1.3 – INSERÇÃO DE CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE EM EDITAL DE LICITAÇÃO

Extrai-se do v. Acórdão que a irregularidade disposta no item 2.2.4 foi afastada diante da seguinte argumentação:

[...]

Considerando que a consequência da presente análise será a mesma para todos os defendentes citados em relação ao presente indício de irregularidade, passamos a discorrer em relação a todos.

A presente irregularidade refere-se à inserção de cláusula restritiva à competição em edital de licitação.

Nota-se que o Relatório de Auditoria Ordinária 00001/2014-6 e respectiva Instrução Técnica Inicial 00028/2014-5, ao discorrerem sobre a presente suposta irregularidade, primeiramente nomearam seus supostos responsáveis, com a descrição sucinta de suas condutas, para, depois, em bloco, descrever quais seriam, em sua visão, os itens do certame que estariam maculados, direcionando a licitação.

² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 18ª edição, p. 728/9.



Entretanto, não se nota a individualização de condutas em relação a cada um dos supostos itens viciados. Da leitura do seu texto, e aqui estou me referindo ao relatório de auditoria e à instrução técnica inicial, não se consegue delinear a responsabilidade de cada um dos agentes imputados. (grifo nosso)

Dessa forma, não obstante não ser possível afirmar, como em outros casos em que esta Corte já teve oportunidade de julgar, **uma total ausência de elementos para a responsabilização, não se tem um delineamento em sede de conduta, nexos causal, culpabilidade, a ponto de levar à responsabilização dos envolvidos.** Observa-se que não estamos dizendo que, necessariamente, cada um desses tópicos (conduta, nexos causal e culpabilidade) deva constituir item próprio e separado nas instruções, apesar de tal providência ser medida salutar e honrar a clareza. O que estamos dizendo é que, do discorrido nas peças acima mencionadas tais elementos não restam demonstrados em relação a cada um dos responsáveis.

Divergindo do Parquet de Contas, que foi pela manutenção da irregularidade em relação a alguns citados (Ismael da Rós Auer e José Nazareno de Melo Edson Wander Dambroz), afasta-se a irregularidade em relação a todos, conforme fundamentação acima.
[...]

Data venia, a conduta dos responsáveis foi devidamente no Relatório de Auditoria 00001/2014-6 e na Instrução Técnica Inicial 00028/2014-5, respectivamente, vê-se:

5.2.2.1.3 - Direcionamento em procedimento licitatório por meio de cláusulas restritivas de competição

- Base Legal: Princípio da Moralidade, Princípio da Impessoalidade, Artigo 37, Caput, da CF e Artigo 3º, § 1º, inciso I e Artigo 30, inciso II e § 5º da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

Identificação: Ismael da Rós Auer - Secretário de Infraestrutura e Transportes em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência com cláusulas restritivas de competição.

Identificação: José Nazareno de Melo – Secretário de Saúde em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência com cláusulas restritivas de competição

Identificação: Edson Wander Dambroz - Pregoeiro

Conduta: Elaborar o Edital do Pregão com cláusulas restritivas de competição e deixar de rever as cláusulas restritivas mesmo motivado por pedido de impugnação de edital.

2.2.3 – INSERÇÃO DE CLÁUSULA RESTRITIVA À COMPETIÇÃO EM EDITAL DE LICITAÇÃO

- Base Legal: Princípio da Moralidade, Princípio da Impessoalidade, Artigo 37, Caput, da CF e Artigo 3º, § 1º, inciso I e Artigo 30, inciso II e § 5º da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

→ **Ismael da Rós Auer** – Secretário de Infraestrutura e Transportes em 2011



Conduta: Elaborar o termo de referência que deu origem ao edital, inserindo cláusulas restritivas à competição, com prejuízo à ampla competição em certame licitatório.

→ **José Nazareno de Melo** – Secretário de Saúde em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência que deu origem ao edital, inserindo cláusulas restritivas à competição, com prejuízo à ampla competição em certame licitatório.

→ **Edson Wander Dambroz** – Pregoeiro

Conduta: Elaborar o Edital do Pregão com cláusulas restritivas à competição e deixar de rever as cláusulas restritivas mesmo motivado por pedido de impugnação de edital, com prejuízo à ampla competição em certame licitatório.

Nota-se que as condutas viciadas dos responsáveis estão delineadas de forma clara nas referidas peças técnicas, não havendo mais o que ser acrescentado, pois demonstrados os elementos para a responsabilização.

Os secretários eram os responsáveis por elaborar o termo de referência e assim fizeram com inserção de cláusula restritiva, o que permaneceu quando da elaboração do edital do pregão pelo pregoeiro.

Ressalta-se que a instrução técnica inicial, a qual delimita de forma individualizada as condutas dos gestores responsáveis, acompanhou os termos de citação de cada gestor, conforme depreende-se do 3º parágrafo dos termos de citações n. 1645/2014, 1646/2014, 1647/2014, 1648/2014, 1649/2014, 1650/2014, 1651/2014, 1652/2014, 1653/2014, 1654/2014, 1655/2014 e 1656/2014 (fls. 1311/1322 do processo TC-7289/2013), possibilitando-se, assim, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

E, ainda, quando da apresentação da defesa não houve a alegação pelos responsáveis (Ismael da Rós Auer, José Nazareno de Melo e Edson Wander Dambroz) de ausência denexo de causalidade entre a conduta e o ato culposos; ao contrário, as defesas identificaram de pronto as cláusulas restritivas inseridas no termo de referência e no edital, senão vejamos:

Defesa de Ismael da Rós Auer (fls. 1341/1354):

[...]

Inicialmente, cumpre esclarecer que no momento de elaboração do termo de referência referente ao pregão nº 224/2011, conforme já delineado e, inclusive é objeto do item 2.1.1, havia uma extrema necessidade de contratação, eis que as prorrogações havidas nos contratos 399/2006 e 400/2006, estavam sendo amparadas no TAC realizado juntamente com o Ministério Público.

Neste contexto, é plenamente viável estabelecer um prazo reduzido para entrega dos veículos objetos da contratação, uma vez que município não poderia restar desguarnecido dos veículos e máquinas objeto da licitação.

Além disso, a ideia por trás do certame era de que devido a urgência estabelecida, este findar-se-ia no próprio ano de 2011, o que faria com que os veículos contratados fossem do corrente ano.

Todavia, devido a fatores não culposos da administração, está só restou finalizada em fevereiro de 2012, o que levou a interpretação de que os veículos deveriam ser referentes aquele ano.



Ocorre que tal situação, fugiu da alçada do suplicante, uma vez que este se limitou a esboçar o termo de referência que deu origem ao edital, que inclusive foi ratificado pelos pareceres jurídicos.

A partir da edição do pregão nos moldes propostos, repisasse, que poderia ter sofrido alteração a qualquer momento, caso fosse julgado necessário, o justificante não teve o condão de julgar se tais cláusulas seriam ou não restritivas de concorrência, até porque o conhecimento jurídico é delegado a Procuradoria Geral do município, tendo em vista a teoria do órgão.

[...]

Neste ponto, cada qual tem sua função individualizada, a fim de movimentar a máquina administrativa, praticando atos da administração.

Com isto, a atribuição do suplicante, que reitera, esteve à frente da secretaria apenas até 20/12/2011, sendo exonerado, **era elaborar o termo de referência com base em outros contratos já celebrados e do conhecimento adquirido.**

Ora, o requerimento de que os veículos sejam referentes ao ano da locação não se apresenta como limitados de concorrência, tendo, inclusive, este Tribunal de Contas, em seus Termos de Referência nos editais de Pregão para aquisição de veículos (doc. 2), estabelecido no tópico de especificações e quantidades, que O "ano de fabricação, o da entrega dos veículos".

Tal situação é aceitável, inclusive pois evita a defasagem rápida dos veículos, o que ensejaria a necessidade de realizar novos pregões e de revisões com maior frequência. Tanto o é que é aditado por este próprio tribunal.

Outrossim, o prazo de 5 (cinco) dias para se disponibilizar os veículos, se mostra razoável, tendo em vista a urgência em que era pretendida a realização do pregão, devido a impossibilidade de se prorrogar os contratos anteriores indefinidamente.

Além disso, da leitura dos contratos 399/2006 e 400/2006, que também foram objetos desta fiscalização percebe-se em suas cláusulas quarta, que o prazo máximo para entrega do veículos e máquinas era de apenas 24 (vinte e quatro) horas e sua regularidade não foi objeto de impugnação por este tribunal (doc. 3).

Com isto, verifica-se que a suspeita de restrição a concorrência se deu exclusivamente pela impugnação ao edital por parte da empresa COOPTRANSP e da recusa da Ouro Negro Rent a Car LTDA ME de finalizar o contrato com a administração, o que destaca, ocorreu depois da exoneração do suplicante, o qual não detinha qualquer poder de influenciar nos rumos do Pregão, uma vez que fugia a sua atribuição.

Assim, não há que se falar em violação do artigo 3º, § 1º, I e artigo 30, II e §5º da Lei 8.666/93, por cláusula restritiva de concorrência na licitação, bem como deve ser reconhecida a ausência de responsabilidade do suplicante.

Defesa de José Nazareno de Melo (fls. 1807/1811):

[...]

É certo que autorizamos a continuidade do processo licitatório da forma como nos foi apresentado, porém, não o fizemos com a intenção de favorecer a quem quer que seja ou mesmo de impedir a participação de quem quer que seja, através da



imposição de restrições que dificultassem, ou mesmo inviabilizassem, a participação de quaisquer interessados, em igualdade de condições.

O prazo de 5 (cinco) dias, tão discutido no processo, não teve caráter restritivo, mas, sim, configurava a tentativa de normalizar, com a urgência requerida pela situação, o atendimento das atividades da Secretaria Municipal de Saúde que se encontrava as portas de uma paralização dos serviços já precariamente prestados aos Municípios, por falta de uma mobilidade adequada.

Considerando que a saúde é direito de todos e dever do Estado garantido pela CF em seu artigo 6º, optamos em procurar abreviar o restabelecimento da mobilidade da Secretaria em atendimento a CF e aos já tão sacrificados Municípios, terão em mente que a saúde era (como continua sendo) prioritária quando comparada com outras atividades, conforme é do conhecimento deste Egrégio Tribunal de Contas. **Resumindo, priorizamos o atendimento a CF em seus preceitos legais e aos Municípios em seus direitos humanos e constitucionais, em detrimento do atendimento a terceiros em suas expectativas comerciais.**

Defesa de Edson Wander Dambroz (fls.1928/1943):

ITEM 2.2:3) SUPOSTA CLÁUSULA RESTRITIVA.

Alega-se que a exigência de o veículo ser com o "ano e modelo de fabricação o mesmo ano da locação" e o prazo de entrega dos veículos em "5 dias" seriam cláusulas restritivas da competitividade. Suposta ofensa aos art. 37, capuz, e art. 3º da Lei 8. 666/93.

AO PREGOEIRO QUE NÃO CABE INTERFERIR NOS TERMOS DA CONTRATAÇÃO SOLICITADA OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA QUE NÃO CABE AO PREGOEIRO.

As fls. 88/100 do Procedimento Administrativo consta Termo de Referência da lavra dos Secretários Municipais requerendo a contratação dos serviços.

Com base no Termo de Referência é que se estabelecem os termos do edital e da minuta contratual.

Nesse passo, não cabe ao Pregoeiro interferir na oportunidade e na conveniência da contratação.

É de se esperar que, ao solicitar a contratação de determinado serviço, a Secretaria analise, estude e defina os termos que melhores lhe atendam.

A "idade" dos veículos e o prazo para a entrega dos mesmos vieram expressos no termo de Referência (vide fls. 88 – Item 5 e fls. 97 – Item 8.4 – 9), não cabendo ao Defendente EDSON WANDER DAMBROZ, ignorar o requerimento daqueles que possuíam condições de julgar a oportunidade e a conveniência em prol da Administração.

Deste modo, seria injusto imputar responsabilidade ao Defendente

DA MINUTA DO EDITAL QUE E SUBMETIDA À ANÁLISE DA PROCURADORIA MUNICIPAL

Atendendo a imposição legal, toda minuta de Edital lavrada, antes de encaminhada à publicação, é encaminhada à Procuradoria Geraldo Município de Aracruz (PROE) para análise e manifestação acerca de sua legalidade da proposta.



In casu, a PROGE manifestou-se positivamente quanto à regularidade do Edital que, com o de acordo, foi publicado.

É de se admitir, Doutos Conselheiros, que o Defendente não se omitiu em momento algum na verificação da regularidade do Edital, não havendo falar que o mesmo “inseriu” cláusula restritiva de competição.
[...]

Dessa forma, não há que se falar em ausência de individualização de condutas em relação aos responsáveis citados.

Quanto à irregularidade de inserção de cláusulas restritivas, não há dúvidas de que o item 5 do anexo II do Edital do pregão 224/2011 restringiu a competitividade do certame ao estabelecer prazo de 5 dias para a entrega/fornecimento dos 117 veículos objetos de locação, cabendo, nesta oportunidade, transcrever trechos do Parecer Ministerial 05036/2018-1 que traz com exatidão as restrições:

A equipe de auditoria constatou a inserção de cláusulas restritivas no Edital do Pregão 224/2011, as quais estabeleciam prazo de 05 dias para a entrega/fornecimento dos 117 veículos objetos da locação, contados do recebimento da Ordem de Fornecimento. Ademais, constou do Item 5 do Anexo II, a seguinte exigência:

[...]

“Todo veículo deverá ser novo e ter o ano de fabricação e modelo, o mesmo ano do ato da locação”. – (grifo nosso)

Os responsáveis, em síntese, alegam que o prazo de 05 dias é razoável em razão da urgência em realizar a contratação.

Sem embargo das justificativas apresentadas, ainda que supostamente considerada razoável a exigência constante do Pregão 224/2011, é preciso destacar que a licitação teve início no mês de agosto de 2011 e se arrastou até o dia 17/02/2012, data da sua homologação, o que alterou de forma substancial as condições da possível contratação, inclusive quanto ao seu aspecto econômico.

Considerando que o edital exigia que o ano de fabricação e modelo de todos os veículos fossem o mesmo da contratação, sendo que a homologação do certame ocorreu em exercício posterior ao de sua deflagração, a empresa vencedora do certame deveria em um curto espaço de tempo adquirir veículos de modelo e fabricação do ano de 2012, bem como proceder com a devida legalização dos mesmos perante aos órgãos competentes.

Assim, a situação dos autos apresenta um caráter duplamente irregular, a primeira referente a inclusão de cláusula editalícia flagrantemente restritiva e desproporcional, e, ainda, uma segunda hipótese, pois mesmo diante de impugnação e dos recursos interpostos pelas empresas licitantes questionando tal situação, oportunidade em que a irregularidade poderia ter sido sanada pelos responsáveis, os mesmos se omitiram de suas atribuições.

Ademais, a gravidade das condutas pode ser atestada quando se verifica que a empresa vencedora do certame com a melhor proposta, no valor de R\$



1.805.040,00, requereu uma dilação do prazo para entrega dos 117 veículos, de 05 dias para 15 dias, sem qualquer resposta por parte da administração municipal.

Não bastasse isso, a Administração não só se esquivou de corrigir tal restrição, como ainda firmou contrato com a licitante classificada em segundo lugar no valor de R\$ 2.524.000,00, sendo tais valores excessivamente superiores aos ofertados na melhor proposta, ensejando um prejuízo ao erário na ordem de R\$ 718.960,00.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento pela impossibilidade de exigências que frustrem o caráter competitivo do certame:

[...]

RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

(REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297).

Resta, portanto, evidenciado o *error in iudicando* no v. Acórdão 00991/2019-4, haja vista a demonstração da prática de infração com grave violação à norma.

III.1.4 – AUSÊNCIA DE ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICO FINANCEIRA NA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS

Outrossim, o v. Acórdão afastou a infração elencada no item 2.2.5 sob o argumento de ausência de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado, como segue:

[...]

Considerando que a consequência da presente análise será a mesma para todos os defendentes citados em relação ao presente indício de irregularidade, passamos a discorrer em relação a todos.

A presente irregularidade versa sobre **ausência de estudo de viabilidade econômico financeira na locação de veículos.** (grifo nosso)

Nota-se que o Relatório de Auditoria Ordinária 00001/2014-6 e respectiva Instrução Técnica Inicial 00028/2014-5, ao discorrerem sobre a presente suposta irregularidade, primeiramente nomearam seus supostos responsáveis, com a descrição sucinta de suas condutas, para, depois, informar a ausência de estudo acerca da viabilidade econômico-financeira da contratação.

Não se verifica, das peças acima mencionadas, qualquer arrazoado acerca do nexo de causalidade de cada agente em relação à irregularidade, isto é,



em que medida sua conduta contribui para a suposta irregularidade, e nem análise acerca da culpabilidade de cada um. (grifo nosso)

Dessa forma, discordamos do *Parquet* de Contas, que foi no sentido da manutenção da irregularidade.

Diante da ausência de elementos mínimos capazes de configurar a responsabilidade de cada um dos agentes, que, inclusive, foram citados para se defender sem a definição de tais elementos, **afasta-se a presente irregularidade.** [...]

Contudo, semelhante ao alegado no item anterior, não há como admitir a supressão da irregularidade pelo fundamento de ausência denexo de causalidade entre a conduta dos responsáveis e a infração cometida, visto que as condutas foram devidamente evidenciadas no Relatório de Auditoria 00001/2014-6 e na Instrução Técnica Inicial 00028/2014-5, respectivamente:

5.2.2.1.4 – Ausência de estudo de viabilidade econômico financeira na locação de veículos

• Base Legal: Infringência ao inciso IX, art. 6º, da Lei nº 8.666/93, bem como ao art. 37, caput, da CF 88 e aos Princípios da Eficácia, Efetividade e Economicidade.

Responsáveis:

Identificação: Ismael da Rós Auer - Secretário de Infraestrutura e Transportes em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência para a locação de veículos leves e pesados sem a análise quanto à viabilidade econômico financeira da contratação e **autorizar** o procedimento licitatório sem essa análise.

Identificação: José Nazareno de Melo – Secretário de Saúde em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência para a locação de veículos leves e pesados sem a análise quanto à viabilidade econômico financeira da contratação e **autorizar** o procedimento licitatório sem essa análise.

Identificação: Ilza Rodrigues – Secretária de Educação em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência para a locação de veículos leves e pesados sem a análise quanto à viabilidade econômico financeira da contratação e **autorizar** o procedimento licitatório sem essa análise.

Identificação: Edmilson Martins Schwenck – Secretária de Agricultura em 2011

Conduta: Elaborar o termo de referência para a locação de veículos leves e pesados sem a análise quanto à viabilidade econômico financeira da contratação e **autorizar** o procedimento licitatório sem essa análise.

Identificação: Giacomo Recla Bozi - Secretário de Infraestrutura e Transportes - 2012

Conduta: Assinar contrato com empresas locadoras de veículos vencedoras de procedimento licitatório sem a análise quanto à viabilidade econômico financeira da contratação.

2.2.4 – AUSÊNCIA DE ESTUDO DE VIABILIDADE ECONÔMICO FINANCEIRA NA LOCAÇÃO DE VEÍCULOS



•Base Legal: Infringência ao inciso IX, art. 6º, da Lei nº 8.666/93, bem como ao art. 37, caput, da CF 88 e aos Princípios da Eficácia, Efetividade e Economicidade.

Responsáveis:

– **Ismael da Rós Auer** – Secretário de Infraestrutura e Transportes em 2011
Conduta: Autorizar procedimento licitatório sem prévia análise da viabilidade econômico financeira da contratação.

– **José Nazareno de Melo** – Secretário de Saúde em 2011
Conduta: Autorizar procedimento licitatório sem prévia análise da viabilidade econômico financeira da contratação.

– **Ilza Rodrigues** – Secretária de Educação em 2011
Conduta: Autorizar procedimento licitatório sem prévia análise da viabilidade econômico financeira da contratação.

– **Edmilson Martins Schwenck** – Secretário de Agricultura em 2011
Conduta: Autorizar procedimento licitatório sem prévia análise da viabilidade econômico financeira da contratação.

– **Giacomo Recla Bozi** – Secretário de Infraestrutura e Transportes - 2012
Conduta: Assinar contrato com empresas locadoras de veículos vencedoras de procedimento licitatório sem a análise quanto à viabilidade econômico financeira da contratação.

Como demonstrado, as condutas dos responsáveis estão delineadas de forma clara nas referidas peças técnicas, não havendo que se falar em ausência de individualização.

Era esperado dos secretários antes de prosseguir com o procedimento licitatório para locação de veículos que determinassem a realização de estudo de viabilidade econômico-financeira para concluir pela vantajosidade da contratação frente à prestação direta do serviço pela administração.

Salienta-se que o estudo de viabilidade se mostra necessário para garantir o cumprimento dos aspectos da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da contratação.

O TCU possui sólido entendimento no sentido de que diante da decisão de alugar equipamentos ou de adquiri-los, faz-se necessário um preciso estudo de viabilidade econômica e financeira para que se verifique qual a melhor solução em termos econômicos para a Administração:

[...]

74. Não há critério de aceitabilidade de preços unitários, sendo utilizado apenas a deficiente média dos preços globais apresentados pelos fornecedores, sem critérios fundamentados ou outra fonte de pesquisa mais prioritária e segura, já tratado no item precedente alusivo à pesquisa de preços.

75. **Ademais, não foi feita a análise formal da compatibilidade dos preços contratados com os praticados no mercado, impossibilitando a verificação de sua regularidade pelos órgãos de controle interno e externo.**

76. Tal procedimento vai de encontro ao contido no Voto do Ministro do TCU Bruno Dantas proferido no Acórdão 2829/2015-Plenário no sentido de que a pesquisa de preços deve obedecer à IN 5/2014-SLTI, não bastando que as



propostas estejam abaixo do preço estimado baseado apenas em informação dos fornecedores, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e no valor máximo a ser aceito para cada item licitado.

77. **Sem parâmetros confiáveis, não se pode afirmar que realmente houve economicidade caso o orçamento/valor estimativo não tenham sido feitos de forma escorreita e caso não reflitam os preços efetivamente praticados no mercado.**

78. A jurisprudência orienta no sentido de que a pesquisa seja realizada com base em padronização do processo de estimativa, de forma a conferir confiabilidade e representatividade para aferição dos preços correntes de mercado, de modo a permitir a formação de juízo acerca da adequação das propostas pela comissão de licitação (Acórdão 1.878/2015-TCU-2ª Câmara). **TCU. ACÓRDÃO 9080/2017 – PRIMEIRA CÂMARA. REL. MIN. AUGUSTO SHERMAN.**

Ressalta-se a importância de adequado estudo de viabilidade econômica e financeira para afastar contratação antieconômica com valores superiores aos de mercado ou até mesmo superiores caso os mesmos serviços fossem executados diretamente pela administração pública municipal, importando omissão desta providência grave violação ao art. 3º da Lei n. 8.666/93.

III.1.5 – AUSÊNCIA DE CONTROLE NA EXECUÇÃO DE CONTRATO PARA FORNECIMENTO DE MARMITEX

O v. acórdão recorrido manteve os apontamentos relativos à Ausência de controle na execução de contrato para fornecimento de marmitex, sem, contudo, promover a aplicação de qualquer sanção aos agentes responsáveis, conforme segue:

A presente irregularidade refere-se à ausência de controle na execução de contrato para fornecimento de marmitex.

Em relação ao Sr. Thiago Gonçalves Lamarque – Secretário Municipal de Turismo, transcreve-se o trecho constante da Instrução Técnica Conclusiva 01253/2017-5, acerca dos pontos levantados pela defesa:

A defesa da agente alega, em resumo:

Que o agente, cumprindo as exigências legais, nomeou servidor como fiscal do Contrato 383/11, que emitiu relatório comprovando a prestação dos serviços.

Conforme a Defesa, a fiscal de contrato nomeada emitiu “relatório” no qual informa:

As refeições/refrigerantes foram entregues pelo fornecedor, de acordo com as quantidades, locais, datas e horário repassados mensalmente por esta secretaria, para atendimento da estrutura da equipe de trabalho de municipalidade (...) respeitando o quantitativo e cardápio solicitado, não falhando em nenhum dos dias e não havendo ocorrências de problemas e nem interrupção da previsão, sendo cumprida tal como consta no termo de referência do contrato.

A defesa alega ainda que a ITI 28/2014 “não precisou se houve irregularidades no fornecimento dos produtos declinados no contrato (...), motivo pelo qual inexistem omissões do mesmo. (...) No mais, exigir que a Secretaria (...) elaborasse 12.352 (...) vistos, assinaturas ou atestados de recebimento de refeições (...) traria imenso ônus”, além do que “a lei não determina (...) que exija visto, assinatura ou atestado de recebimento (...),



mas tão somente a designação de fiscal que deverá acompanhar a efetivação do mesmo”. Portanto, “os supostos indícios de irregularidades declinados no processo são meras alegações”.

Pois bem.

Adotamos como razões de decidir a análise procedida pela Área Técnica, que cotejou a defesa com a irregularidade apontada, conforme abaixo:

Análise: a irregularidade imputada diz respeito à ausência de controle na execução do contrato, uma vez que “não consta dos processos de pagamento (...) quem seriam os beneficiários das refeições” e, ainda “se as refeições foram de fato fornecidas e se foram fornecidas na quantidade contratada”.

O alegado pela Defesa, inicialmente, ao contrário de provar a ausência de irregularidade, corrobora a irregularidade apontada no relatório de auditoria, ou seja, que não houve controle adequado, com a identificação dos beneficiados, das datas, da qualidade das refeições e da quantidade efetivamente fornecida: tais informações são essenciais para que se alcance, a qualquer tempo (concomitante e a posteriori), a comprovação da execução dos serviços em conformidade com aqueles contratados e, por consequência, da correta aplicação dos recursos.

Ou seja, no caso, não basta emitir um “atestado de recebimento” genérico, sem informações objetivas, informando que os serviços foram prestados, ainda mais em se tratando de 12.352 refeições, que deveriam atender a um público específico e de fácil identificação – “equipe de trabalho (...) envolvidos na execução das programações de Réveillon (...), Temporada Verão e Carnaval”.

Como afirma a Defesa, foi nomeada a fiscal de contrato, cuja função deveria ser, exatamente, a de produzir relatórios detalhados e objetivos, suficientes para permitir o controle e a fiscalização da execução do contrato – inclusive por parte da própria administração municipal – e, ao fim, a comprovação da boa, correta e eficiente aplicação dos recursos.

Assim, ao contrário do que alega a Defesa – “a lei não determina (...) que exija visto, assinatura ou atestado de recebimento (...), mas tão somente a designação de fiscal que deverá acompanhar a efetivação do mesmo” – o art. 73 da Lei 8.666/93 exige o “termo circunstanciado” quando do recebimento dos serviços:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - Em se tratando de obras e serviços:

- a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;
 - b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;
- (...)

Art. 74. Poderá ser dispensado o recebimento provisório nos seguintes casos:

I - Gêneros perecíveis e alimentação preparada;

(...)

A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido da necessidade de registros detalhados por parte do fiscal de contrato:



1. O ônus de comprovar a regularidade integral na aplicação dos recursos públicos compete ao gestor por meio de documentação consistente, que demonstre cabalmente os gastos efetuados.
2. Fotografias, desacompanhadas de outros elementos probatórios, não são aceitas como prova da efetiva realização de objetos conveniados.
3. A mera produção de argumentação desacompanhada de documentação comprobatória, não é suficiente para elidir as irregularidades e ensejar a reforma da deliberação recorrida. ” (TCU. Acórdão nº 1.556/06 - Plenário - rel. Min. Guilherme Palmeira. DOU, 1º.09.2006).

O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas. E, nesses termos, manifesta-se toda a doutrina e jurisprudência.

Não há nenhuma inovação na exigência do acompanhamento da execução contratual. Inicialmente previsto no art. 57 do Decreto-lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8.666/1993, que manteve a exigência em seu art. 67, esse registro é condição essencial à liquidação da despesa, para verificação do direito do credor, conforme dispõe o art. 63, § 2º, SI, da Lei 4.320/1964. A falta desse registro, desse acompanhamento pari passu, propicia efetiva possibilidade de lesão ao erário. [Acórdão 767/2009 – TCU – Plenário].

A negligência de fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. [Acórdão 859/2006 – TCU – Plenário].

Embora não tenha sido alegado pela Defesa a tese da não-responsabilização do agente em razão da ausência de atos comissivos, é entendimento de que o Secretário Municipal que nomeou o fiscal de contrato é também responsável pelas irregularidades, visto que, em última instância, ordena os pagamentos a partir dos relatórios produzidos por este, além de não existir, no caso, a delegação de poderes para ordenar despesas, conforme jurisprudência do TCU:

Acórdão TCU 277/2010-Plenário

O defendente era o superior hierárquico responsável pela equipe técnica que atestava os serviços. Assim sendo, não poderia se furtar da responsabilidade de vigiar, controlar e apoiar seus subordinados, buscando os meios necessários para a efetividade das ações afetas à Superintendência. Ao se abster dessa responsabilidade, agiu com culpa nas

Modalidades in omitindo e in vigilando. Se considerarmos, ainda, que os componentes de sua equipe não tinham competência e formação adequadas para as atividades que lhes eram afetas, pode-se suscitar que o defendente teria agido com culpa in eligendo. [Acórdão 277/2010 – TCU – Plenário].

Acórdão TCU 5.842/2010–1ª Câmara

Acerca da alegada inexperiência, arguida pelo querelante, aduzo às considerações da Serur. o entendimento jurisprudencial deste Tribunal de Contas acerca da culpa in vigilando atribuível aos responsáveis na aplicação dos recursos públicos, consubstanciado no Voto condutor do Acórdão 1.190/2009-TCU-Plenário:“(…) Ainda que o ex-edil venha a posteriori invocar como eximente de culpabilidade o fato de não ter acompanhado diretamente a formalização e a execução do contrato, o então gestor municipal concorreu para o dano que lhe foi imputado por culpa in eligendo e culpa in vigilando. Como se depreende dos fatos,



o ex-prefeito atrai para si a responsabilidade civil e administrativa também por não ter bem selecionado agentes probos a quem delegou tais tarefas operacionais, bem como por não ter devidamente supervisionado e exigido dos seus subordinados o escorreito cumprimento da lei. [Acórdão 5.842/2010 – TCU – 1ª Câmara].

Pelo exposto, mantém-se a irregularidade.

Diante da ausência de elementos que comprovem o efetivo controle na execução do contrato em questão, mantém-se a irregularidade.

Em relação à Sra. Maria Luiza Rocha Marques – Fiscal do Contrato nº 383/2011, a defesa alega, em suma, que a Lei 4.320/64, em seus artigos 62 e 63, trataria do pagamento e liquidação de despesas, sendo que os procedimentos para quitação, no caso, preencheriam os requisitos legais. Aduz que o ato administrativo teria presunção de legalidade, de forma que o ato de atestar o recebimento dos serviços, por parte da agente, representaria fielmente os fatos, *iuris tantum*.

Primeiramente, cabe o destaque que a irregularidade apontada diz respeito à ausência de controle na execução do contrato, e não à liquidação irregular de despesas.

Assim destaca a Área Técnica:

Análise: em seu relatório, a equipe de auditoria, após analisar seis processos de pagamentos (n.ºs. 1654, 209, 7.765, 14.900, 12.864, todos de 2012) relativos ao Contrato 383/2011, apontou os seguintes elementos como prova da ausência de controle por parte da fiscal de contrato:

Que “não constam dos processos de pagamento qualquer informação sobre quem seriam os beneficiários das refeições”;

Também não constam “nenhum visto ou assinatura, atestando o recebimento dos mesmos”.

Constata-se, pois, que a equipe de auditoria carrou aos autos informações concretas (provas) acerca da irregularidade apontada – ausência de controle.

Apresentadas as provas da irregularidade, a “presunção” de legalidade dos atos cometidos pela agente passa a ser contestada, exigindo sua “contraprova”, ou seja, no caso, a Defesa deveria: a) demonstrar objetivamente que nos “processos de pagamento existem informações sobre quem seriam os beneficiários das refeições” e, b) que existe “visto ou assinatura, atestando o recebimento” dos serviços nos relatórios do fiscal, em documentos fiscais ou qualquer outra forma, uma vez que tais elementos dariam respaldo da correta aplicação dos recursos.

A oportunidade, portanto, para eximir a agente de responsabilidade, lhe foi oferecida quando da sua citação para que apresentasse justificativas. Entretanto, a Defesa não anexou à sua peça quaisquer documentos ou outras formas probatórias capazes de garantir ter havido, por parte da agente, conduta diversa daquela apontada no relatório de auditoria.

Diante da ausência de elementos que comprovem o efetivo controle na execução do contrato em questão, mantém-se a irregularidade. Em relação à manutenção da irregularidade, acompanho o entendimento do *Parquet* de Contas e da Área Técnica.

Quanto à aplicação de sanção, entretanto, deixo de aplicar a sanção de multa, considerando que não há elementos nos autos capazes de denotar que tenham agido com dolo, e ainda diante de não se ter demonstrada a



ocorrência de prejuízo ao erário em relação às condutas praticadas. (grifo nosso)

Data venia, à argumentação do v. acórdão recorrido, o controle na execução dos contratos de fornecimento de serviços deve seguir rigorosamente as exigências determinadas na lei (arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964) e, no caso, a existência ou não de dano ao erário em nada reflete na ilegalidade praticada, haja vista que este não configura sanção, mas mero dever de ressarcimento, senão vejamos:

A condenação em débito não tem caráter punitivo, mas sim natureza jurídica de reparação civil pelo prejuízo causado ao erário. Portanto, não cabe invocar o princípio da individualização da pena. A responsabilização solidária decorre do estabelecido no § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992. De acordo com o disposto no Código Civil, Lei 10.406/2002, os devedores solidários são obrigados, cada um deles, ao total da dívida. (TCU, Acórdão 918/2007-Plenário, 23/05/2007, Relator VALMIR CAMPELO)

Ademais, não se questiona de que a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas é subjetiva, sendo suficiente para a imputação do agente a demonstração da sua conduta, culpa em sentido amplo (culpa em sentido estrito ou dolo), infração à norma legal e nexo de causalidade entre a conduta e a violação praticada.

Acerca das infrações praticadas, o Tribunal de Contas da União decidiu que a irregularidade advinda da fragilidade na fiscalização de contratos e na liquidação irregular caracteriza grave infração à norma legal passível de multa:

Informativo de Licitações e Contratos 29/2010

PLENÁRIO

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

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

Informativo de Licitações e Contratos 65/2011

PLENÁRIO

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



"É dever do gestor público responsável pela condução e fiscalização de contrato administrativo a adoção de providências tempestivas a fim de suspender pagamentos ao primeiro sinal de incompatibilidade entre os produtos e serviços entregues pelo contratado e o objeto do contrato, cabendo-lhe ainda propor a formalização de alterações qualitativas quando de interesse da Administração, ou a rescisão da avença, nos termos estabelecidos na Lei nº 8.666/1993". Essa a conclusão a que chegou o Tribunal, ao apreciar tomada de contas especial na qual apurou potenciais prejuízos ao erário na execução do Contrato nº 40/2004, firmado entre o Ministério da Previdência Social - (MPS) e instituição privada, cujo objeto consistiu na execução de projeto de pesquisa e desenvolvimento de um sistema integrado, utilizando gestão do conhecimento com inteligência artificial, para implantação da Metodologia de Gerenciamento de Riscos da Previdência Social - (Projeto GR). Após a oitiva dos responsáveis, o relator delineou quadro fático relativo à execução do contrato eivado de diversas irregularidades, em especial, o atesto de notas fiscais referentes a produtos e serviços executados em desconformidade com as especificações contratuais, mesmo diante de notas técnicas que denotavam a inadequação dos módulos entregues, bem como permissões para que fossem feitas alterações nas especificações dos produtos e no cronograma de entregas, quando na realidade deveriam ter sido tomadas providências, por parte do MPS, no sentido de rescindir o contrato e obter o ressarcimento ao erário dos recursos despendidos sem a devida contrapartida em fornecimento de serviços adequados por parte da empresa contratada. Segundo o relator, por sua extrema importância, havia expectativa de que a contratação assumisse papel paradigmático e inovador no âmbito não só da Previdência Social, mas de toda a Administração Pública Federal. Entretanto, desde seu início, a contratação foi falha, tendo a situação se agravado, ante a inação dos responsáveis, dos quais era exigida a adoção de providências concretas na fase de execução do contrato, "com vistas à formalização de alterações, mediante termos de aditamento, que gerassem redução no montante financeiro ajustado entre as partes, ou a paralisação da execução até que fossem solucionadas todas as pendências". Noutro ponto, o relator entendeu ser incabível o argumento de que o contrato foi pioneiro no âmbito da administração pública, sujeito a variações naturais que não poderiam ser, à época, previstas. Para ele, tal fato não afastaria a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, pois, na verdade, a irregularidade não estaria na estimativa de preços e nas específicas circunstâncias que podem ter permeado a fase de pré-contratação, mas sim nos atos comissivos e omissivos levados à efeito durante a execução do contrato, os quais resultaram em produtos e serviços que não contemplaram tecnologias e soluções adequadas, em frontal descumprimento ao objeto proposto e contratado. Por conseguinte, votou pela condenação, em débito, dos responsáveis envolvidos solidariamente com a instituição privada que deveria ter executado o objeto da avença. Votou, ainda, considerando de elevada gravidade as ações dos gestores, por que fossem eles inabilitados, por um período de cinco anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, no que foi acompanhado pelos Plenário. Acórdão n.º 1450/2011-Plenário, TC-021.726/2007-4, rel. Min. Augusto Nardes, 1º.06.2011.

De acordo com o TCU, está sujeito à multa o responsável por fiscalização de obras que não cumpra as atribuições previstas no art. 67 da Lei nº 8.666/93. O Relator, ao tratar da questão, registrou que: "**O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, que anotar, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados.** O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. (...) O registro da fiscalização, na forma



prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas". (TCU, Acórdão nº 767/2009, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 27.04.2009.)

Em suma, resta evidenciado, neste particular, erro grosseiro de modo a justificar o poder sancionatório deste tribunal de contas, conforme se evidencia dos seguintes julgamentos do egrégio Tribunal de Contas:

“O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria e esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.” **Acórdão 2860/2018 Plenário**, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman (Boletim de Jurisprudência nº 248 TCU)

“Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização e pagamento sem a devida liquidação da despesa.” **Acórdão 2699/2019 Primeira Câmara**, Relator Ministro Vital do Rêgo. (Boletim de Jurisprudência nº 258 TCU)

“Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado.” **Acórdão 185/2019 Plenário**, Relator Ministro Benjamin Zymler. (Boletim de Jurisprudência nº 252 TCU)

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-00991/2019-4 – Primeira Câmara** para:

1 – converter o feito em tomada de contas especial, nos termos do arts. 57, inciso IV, e 115 da LC n. 621/2012;

2 – seja a tomada de contas especial em face de Edson Wander Dambroz e Giacomo Recla Bozil julgada IRREGULAR, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”, da LC n. 621/2012, para:

2.1 – aplicar-lhes multa pecuniária, nos termos do art. 135, incisos I e III, do indigitado texto legal,

2.2 – condená-los, em solidariedade, a ressarcirem ao erário municipal a importância de R\$



MINISTÉRIO
PÚBLICO
DE CONTAS
ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO

2ª Procuradoria de Contas

1.070.611,87 (um milhão, setenta mil, seiscentos e onze reais e oitenta e sete centavos), equivalentes a 461.528,0337 VRTE, sem prejuízo de aplicar-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 do prejuízo descrito no item 2.2.2 do v. Acórdão;

3 – com espeque no art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012 e art. 389, inciso II, do RITCEES, seja cominada **multa pecuniária** a **ISMAEL DA RÓS AUER** em razão da prática das irregularidades descritas nos **itens 2.2.1, 2.2.4 e 2.2.5**; a **GIACOMO RECLA BOZI** - **itens 2.2.1, e 2.2.5**; a **EDSON WANDER DAMBROZ** – **item 2.2.4**; a **JOSÉ NAZARENO DE MELO** – **item 2.2.4**; a **ILZA RODRIGUES** - **item 2.2.5**; a **EDMILSON MARTINS SCHWENCK** - **item 2.2.5**; a **THIAGO GONÇALVES LAMARQUE** – **item 2.2.6** e **MARIA LUIZA ROCHA MARQUES** – **item 2.2.6**, todos do v. Acórdão.

4 – 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, 22 de novembro de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS