



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-01104/2019-9 – 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, 12 de dezembro de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS



RAZÕES DO RECURSO DE PEDIDO DE REEXAME

Processo TC: 01749/2014-3
Acórdão: TC-01104/2019-9 – Primeira Câmara

EGRÉGIO PLENÁRIO,
EMINENTES CONSELHEIROS,

I – BREVE RELATO

O Acórdão TC-01104/2019-9 – Primeira Câmara, exarado no Processo TC-01749/2014-3, preliminarmente, rejeitou a arguição de ilegitimidade passiva *ad causam* e de negativa de exequibilidade das Leis Municipais ns. 1.073/2019, 1.079/2013 e 1.080/2013, e no mérito, manteve as irregularidades dispostas nos itens 1.4.1, 1.4.2, 1.4.3 e 1.4.4, 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 da **Primeira Câmara**, ante as razões expostas pelo Relator por:

1.1. REJEITAR a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Procurador Municipal, Sra. Paula Viviany de Aguiar Fazolo.

1.2. REJEITAR a preliminar para negar a exequibilidade das Leis Municipais 1.079/2013, 1.080/2013 e 1.073/2013.

1.3. ACOLHER as razões de justificativas e **afastar**, nos termos do art. 207, §3º, da Res. TC 261/2013, a **responsabilidade** de:

1.3.1. Amanda Quinta Rangel - Prefeita Municipal, quanto aos itens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 e 3.11 da ITC 1524/2017

1.3.2. Reginaldo dos Santos Quinta - Prefeito Municipal (2010/2011)

1.3.3. Miguel Ângelo Lima Qualhano – Secretário de Obras, quanto aos itens 3.2, 3.3 da ITC 1524/2017

1.3.4. Paula Viviany de Aguiar Fazolo – Procuradora Geral, quanto aos itens 3.1, 3.4, 3.5 da ITC 1524/2017

1.3.5. Simey Tristão de Souza – Coordenador de Controle Interno, quanto aos



itens 3.1, 3.3 da ITC 1524/2017

1.3.6. Francisco Carlos Viana dos Santos – Secretário de Transportes, quanto aos itens 3.1 da ITC 1524/2017

1.3.7. Selma Henriques de Souza – Pregoeira, quanto aos itens 3.1, 3.5 da ITC 1524/2017

1.3.8. Ana Lúcia Maitan Cruz – Secretária de Administração, quanto ao item 3.8 da ITC 1524/2017

1.3.9. Vixtrel Construções e Montagens Ltda – Empresa Contratada, quanto aos itens 3.2 da ITC 1524/2017

1.4. MANTER as seguintes irregularidades:

1.4.1. Estabelecimento de exigência indevida para qualificação técnica do licitante em certame, causando restrição ao seu caráter competitivo (item 3.4 da ITC 1524/2014)

Base legal: art. 37, XXI, da CF/88, art. 3º, §1º, I, da lei 8.666/93 e princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade, interesse público e finalidade, esculpidos no art. 32 da constituição estadual

Responsável: Antonio Manoel Barros Miranda – Coordenador de Comunicação

1.4.2. Omissão no dever de eleição dos veículos de divulgação das campanhas publicitárias, permitindo a escolha pela conveniência da contratada (item 3.6 da ITC 1524/2014)

Base legal: Art. 4º, § 2º, da Lei 12.232/2010; art. 3º da Lei 4.680/65; subitem 1.2.1 do Contrato 20/2014; arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64; e Princípios da Legalidade, Eficiência, Impessoalidade e Motivação, esculpidos no art. 37, caput, da constituição Federal, e 32 da Constituição Estadual

Responsáveis: Antonio Manoel Barros Miranda – Coordenador de Comunicação.

Afastar ressarcimento

1.4.3. Estabelecimento de critério desprovido de razoabilidade para consideração da inexequibilidade da proposta em edital de licitação, acarretando na desclassificação da proposta mais vantajosa para a administração (item 3.7 da ITC 1524/2014)

Base legal: Art. 40, inciso VII, c/c art. 43, inciso V e art. 45, caput, todos da Lei 8.666/93.

Responsáveis: Rosângela Lírio Guisso – Secretária Municipal de Administração
Paula Viviany de Aguiar Fazolo – Procuradora Geral

1.4.4. Contratação de servidores temporários em detrimento da criação de novos cargos de provimento efetivo e do Preenchimento por meio de concurso público (item 3.10 da ITC 1524/2014)

Base legal: Art. 37, II e IX, da Constituição Federal e Princípios da Eficiência, da Finalidade e do Interesse Público, caput do Artigo 32 da Constituição do Estado do Espírito Santo

Responsáveis:

Amanda Quinta Rangel – Prefeita a partir de 01/01/2013;

Reginaldo dos Santos Quinta – Prefeito em 2010 e 2011.

Afastar ressarcimento

1.5. REJEITAR as razões de justificativas de Antonio Manoel Barros Miranda – Coordenador de Comunicação, aplicando-lhe multa no valor de R\$ 2.000,00,



com base no art. 135, II LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade, em razão do cometimento das irregularidades dispostas nos itens 3.4 e 3.6 da ITC.

1.6. REJEITAR PARCIALMENTE as razões de justificativas de Paula Viviany de Aguiar Fazolo – Procuradora Geral do Município de Presidente Kennedy, aplicando-lhe **multa** no valor de **R\$ 1.000,00**, com base no art. 135, II LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.7 da ITC.

1.7. REJEITAR as razões de justificativas de Rosângela Lírio Guisso – Secretária Municipal de Administração Município de Presidente Kennedy, aplicando-lhe **multa** no valor de **R\$ 1.000,00**, com base no art. 135, II LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.7 da ITC.

1.8. REJEITAR PARCIALMENTE as razões de justificativas de Amanda Quinta Rangel – Prefeita a partir de 01/01/2013, aplicando-lhe **multa** no valor de **R\$ 1.000,00**, com base no art. 135, II LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.10 da ITC.

1.9. REJEITAR PARCIALMENTE as razões de justificativas de Reginaldo dos Santos Quinta – Prefeito em 2010 e 2011, aplicando-lhe **multa** no valor de **R\$ 1.000,00**, com base no art. 135, II LC 621/2012, na medida da sua culpabilidade, em razão do cometimento da irregularidade disposta no item 3.10 da ITC.

1.10. DETERMINAR ao atual prefeito municipal de Presidente Kennedy para que adote medidas visando o cumprimento do art. 40, 1º, II, da CF, caso ainda persistam situações irregulares.

1.11. DAR CIÊNCIA aos interessados.

1.12. ARQUIVAR os presentes autos, após o trânsito em julgado.

O Acórdão objurgado, no entanto, foi proferido **em absoluta 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 guerreada 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 do sistema informatizado desse tribunal (ETCEES) que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público de Contas no dia 16/10/2019 (quarta-feira). Logo, a contagem do prazo para a interposição do recurso de reconsideração iniciou-se no dia **17/10/2019**.

Perfaz-se, assim, cabível, legítimo e tempestivo o presente apelo.

III – DAS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS

O v. v. acórdão recorrido, conforme assinalado, rejeitou a preliminar de negativa de exequibilidade das Leis Municipais ns. 1.073/2013, 1.079/2013 e 1.080/2013 e emoldurou os apontamentos conservados pela Unidade Técnica e pelo *Parquet* de Contas dispostos nos itens 2.2.1 – Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em edital de licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo (Processo 2248/2013) (item 2.1 da ITI 1018/2014), 2.2.2 – Pagamento por serviços não prestados na execução de contrato de locação de caminhão pipa (Processo 842/2013) (item 2.2 da ITI 1018/2014), 2.2.3 Opção pela despesa com a locação de veículos sem prévio estudo da viabilidade econômico-financeira da locação em relação à aquisição dos bens ou outra forma de contratação disponível no mercado. Processo 8112/2013 (item 2.3 da ITI 1018/2014), 2.2.5 – Estabelecimento de exigência de garantia contratual sem necessidade, causando restrição ao caráter competitivo da licitação (item 2.5 da ITI 1018/2014), 2.2.9 – Contratação de servidores temporários sem demonstração da real necessidade temporária de interesse público (item 2.9 da ITC 1018/2014) e 2.2.11 – Pagamento de salários de servidores da assistência social com recursos dos royalties do petróleo, para reputá-los regulares, bem como afastou a responsabilidade de Paula Viviany de Aguiar Fazolo no item 2.2.4 – Estabelecimento de exigência indevida para qualificação técnica do licitante em certame, causando restrição ao seu caráter competitivo (item 2.4 da ITI 1018/2014) e de Amanda Quinta Rangel e Selma Henriques de Souza no item 2.2.7 - Estabelecimento de critério desprovido de razoabilidade para consideração da inexequibilidade da proposta em edital de licitação, acarretando na desclassificação da proposta mais vantajosa para a administração (item 2.7 da ITI 1018/2014).

Contudo, restou patente a prática de grave infração à Carta Magna, à Lei de Licitações, à Lei de Direito Financeiro e à Lei de Compensação Financeira da exploração de petróleo ou gás natural, razão pela qual se faz imprescindível demonstrar que os embasamentos do v. Acórdão recorrido encontram-se esvaziados de fundamentação fática e jurídica, conforme passa-se a expor:

III.1 – DO ESTABELECIMENTO DE EXIGÊNCIA EXCESSIVA E NÃO RAZOÁVEL EM EDITAL DE LICITAÇÃO, CAUSANDO RESTRIÇÃO AO SEU CARÁTER COMPETITIVO

Extrai-se do v. Acórdão, a supressão do item 2.2.1 (Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em Edital de Licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo) diante da seguinte argumentação:



Em relação à esta suposta irregularidade, divirjo da área técnica, pois, apesar de aparentemente a exigência realmente ser desarrazoada, ela não restringe a competitividade, conforme se pretende indicar na irregularidade.

Isso porque, a exigência não era condição para participação da licitação, e sim condicionante para a assinatura do contrato, conforme pode-se verificar na análise do item 9.2.1 do Edital:

"9.2.1 A empresa vencedora para cumprimento do subitem anterior terá o prazo de 10 (dez) dias após a homologação do certame para apresentar a Rede credenciada de Postos de combustível, com endereço e telefone, sendo condicionante para a assinatura do Contrato com a Administração. Levando em consideração que estes postos solicitados são pontos onde os veículos terá um melhor acesso nos tráfegos quando o assim fizer necessário.

Assim, a empresa que sagrar-se vencedora do certame teria um prazo de dez dias para providenciar o credenciamento dos postos nas cidades mencionadas.

Esta E. Corte de Contas vem se manifestando no sentido de que a exigência de rede credenciada pode ser feita desde que como condição para a assinatura do contrato.

Nesse sentido, transcrevo excerto do Acórdão TC 76/2013:

2. Determinar à Prefeitura Municipal de [...] que, nos próximos editais de licitação, passe a exigir, somente na fase de contratação, a comprovação de existência de rede de estabelecimentos credenciados, conferindo prazo razoável entre a adjudicação e a assinatura do contrato para que a licitante vencedora promova o credenciamento dos estabelecimentos na quantidade, ramo de atividade e localização exigidos no instrumento convocatório;

Ante o exposto, divirjo da área técnica e do *Parquet* de Contas, e afasto a presente irregularidade.

Rememorando o apontamento, insta destacar que a Prefeitura de Presidente Kennedy deflagrou o Pregão Presencial n. 17/2013 para a contratação de empresa especializada em prestação de serviço de gerenciamento de sistema informatizado e integrado para abastecimento de combustíveis, através de cartão magnético, sem chip, para atender a frota do município, dispondo da seguinte exigência o Termo de Referência:

7. LOCALIZAÇÃO DOS POSTOS CREDENCIADOS

7.1 A CONTRADADA deverá proporcionar abastecimento de combustíveis nas localidades do Estado do Espírito Santo, e dos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo, sem prejuízo das demais localidades necessárias durante a execução contratual.

[...] 9. OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

[...] 9.2. Administrar, organizar e manter rede de estabelecimentos, nos Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais, e garantir que, em caso de deslocamento, seja aceito o cartão magnético como forma de pagamento conforme descrito as quantidade mínima exigida para os principais locais nos Estados.

ESTADO: ESPÍRITO SANTO
CIDADES E QUANTIDADES MÍNIMAS DE POSTOS



Presidente Kennedy	02 postos
Cachoeiro de Itapemirim	04 postos
Marataizes	02 postos
Anchieta	02 postos
Guarapari	02 postos
Iconha	02 postos
Cariacica	03 postos
Serra	03 postos
Vitória	04 postos
Vila Velha	03 postos
Linhares	02 postos
Guaçu	02 postos

ESTADO: RIO DE JANEIRO
CIDADES E QUANTIDADES MÍNIMAS DE POSTOS

Campos dos Goytacazes	03 postos
Itaboraí	02 postos
Barra Mansa	02 postos

ESTADO: SÃO PAULO
CIDADES E QUANTIDADES MÍNIMAS DE POSTOS

São José dos Campos	02 postos
Guarulhos	05 postos
São José do Rio Preto	04 postos
Baurú	04 postos

ESTADO: MINAS GERAIS
CIDADES E QUANTIDADES MÍNIMAS DE POSTOS

Belo Horizonte	05 postos
Manhuaçu	03 postos
Uberlândia	04 postos

9.2.1 A empresa vencedora para comprimento do subitem anterior terá o prazo de 10 (dez) dias após homologação do certame para apresentar a Rede credenciada de Postos de combustível, com endereço e telefone, sendo condicionante para assinatura do Contrato com a Administração. Levando em consideração que estes postos solicitados são pontos onde os veículos terá um melhor acesso nos tráfegos quando o assim fizer necessário.

Não obstante, ainda que aviltante a exigência, que claramente restringiu o caráter competitivo do certame, preponderou no v. Acórdão o posicionamento de que inexistia a irregularidade, uma vez que a exigência não era condição para participação da licitação e sim condicionante para a assinatura do contrato.

Acerca deste inusitado entendimento, cabe enfatizar que a unidade técnica expõe de forma brilhante, na ITC 01524/2017-7, que a irregularidade persiste porque a exigência é irrazoável, excessiva e injustificada, pouco importando se necessária para a habilitação ou somente para a contratação. Vê-se:



De fato, o item 9.2.1 do Termo de Referência (fl. 78), anexo ao edital do Pregão 17/2013, define que a "empresa vencedora para cumprimento do subitem anterior terá o prazo de 10 (dez) dias após a homologação do certame (...) sendo condicionante para a assinatura do Contrato".

O fato de tal exigência não aparecer como requisito para a habilitação ou para a participação das empresas no certame não lhe confere razoabilidade e proporcionalidade, especialmente porque é injustificada e, ao final, é parte componente do edital, mas não do contrato.

Ainda que fosse cláusula contratual (mas não é), não se encontra nas alegações da Defesa as justificativas e demonstração do interesse público para a referida exigência.

Supondo haver razões suficientes para que os veículos da prefeitura de Presidente Kennedy realizassem constantes e justificados deslocamentos para os municípios localizados nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Distrito Federal e Rio de Janeiro, a exigência de um número mínimo de postos de combustível em municípios específicos (São José do Rio Preto, Bauru, Belo Horizonte, Uberlândia Guarulhos, Barra Mansa) ainda se apresentaria como desarrazoada.

Por exemplo, considerando um deslocamento necessário entre Presidente Kennedy-ES e São José do Rio Preto-SP, que distam 1.160km: parece, sim, razoável, exigir que a rede credenciada possuísse postos de combustível cadastrados ao longo da rodovia que liga os municípios de Campinas, Limeira, São Carlos, Araraquara e São José do Rio Preto (BR 050 e BR 364), senão nos próprios municípios, o mesmo ocorrendo no trecho anterior, que atravessa o estado do Rio de Janeiro (BR 116, Dutra) e São Paulo, até a capital.

Assim, a escolha de postos credenciados em apenas alguns municípios selecionados, dentre centenas possíveis (considerando os percursos extremos, Presidente Kennedy-São José do Rio Preto e Presidente Kennedy-Uberlândia, que distam mais de 1.000km) bastaria para representar restrição à concorrência. Mais ainda quando não se apresentam justificativas para as viagens a São José do Rio Preto, Uberlândia de demais municípios fora do Espírito Santo.

Não devem ser acolhidas as alegações.

Mantém-se a irregularidade.

[...] As informações apresentadas pela Defesa carecem de comprovação, são contraditórias e não se apresentam como suficientes para justificar a inclusão da cláusula editalícia ora contestada pela equipe técnica.

Pelo "Relatório" apresentado - os pacientes que foram transportados a outros estados para tratamento - observa-se que cinco pacientes se deslocaram para Muriaé-RJ, São Paulo-SP e Rio de Janeiro-RJ (não previstos no edital) no ano de 2014 e nenhum paciente para os municípios exigidos no edital (Campos dos Goytacazes, Itaboraí, Barra Mansa, São José dos Campos, Guarulhos, São José do Rio Preto, Bauru, Belo Horizonte, Manhuaçu e Uberlândia).

A exigência editalícia envolvia postos de combustível em municípios específicos: a empresa vencedora deveria possuir em sua rede, no estado de São Paulo, 4 estabelecimentos em Bauru, 5 em Guarulhos, 4 em São José do Rio Preto e 2 em São José dos Campos; em Minas Gerais, deveria possuir 4 estabelecimentos em Belo Horizonte, 3 em Manhuaçu e 4 em Uberlândia; no Rio de Janeiro, 2 em Barra



Mansa, 2 em Itaboraí e 3 em Campos; no ES, 2 no município, 4 em Cachoeiro de Itapemirim, 2 em Linhares, 2 em Guaçuí, 4 em Vitória, 3 em Vila Velha, dentre outros.

De forma incomum, não havia a exigência de credenciamento de postos de combustível nos municípios de São Paulo e Rio de Janeiro - para onde se estimava transportar 10 pacientes em 2014 - e Jerônimo Monteiro e Atílio Viváqua, para onde se estimava transportar 23 pacientes no mesmo ano (fl. 2495).

Assim, ao contrário de justificar a necessidade das exigências editalícias contestadas, a Defesa comprova que, efetivamente, não havia qualquer razão objetiva e justificada para que a empresa contratada possuísse postos de combustível credenciados nos municípios listados e menos ainda na quantidade exigida em cada município.

Não devem ser acolhidas as alegações.

Mantém-se a irregularidade.

Ademais, ainda que exista entendimento nesta Corte de Contas de que é possível exigir rede credenciada como condição para a assinatura do contrato, persiste a inadmissibilidade de se abarcar injustificadamente quaisquer localidades como ocorreu no caso concreto.

A propósito, transcreve-se decisão desta Corte de Contas segunda a qual a exigência de rede credenciada somente é razoável, não restringindo a competição, quando requerida em momento posterior à habilitação e quando devidamente fundamentada.

A exigência de rede credenciada não restringe a competição quando requerida no momento posterior à habilitação, sendo razoável exigi-la quando houver (a devida) justificativa.

Trata-se de Representação em face do Pregão Eletrônico n.º 18/2013, da Secretaria de Estado da Gestão e Recursos Humanos (SEGER), na qual foi formulado pedido para suspensão cautelar do procedimento tendo em vista a possível restrição à competição. Dentre outros aspectos, foi concedida a medida acautelatória considerando o item 3.4 do Edital que exigia a comprovação de rede credenciada para fornecimento de combustível em pelo menos 80% (oitenta por cento) das capitais dos demais estados brasileiros e, obrigatoriamente, nas cidades de Belo Horizonte, Salvador, Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília. O relator, na análise do mérito, acompanhou a área técnica aduzindo não se tratar de restrição à competição em razão de tal requisito ser exigido em momento posterior à habilitação, na fase de contratação. **Complementou pela razoabilidade da exigência considerando que, nos argumentos apresentados pelos responsáveis, foi colacionado estudo demonstrando o aumento das despesas de abastecimento fora do estado nos anos de 2011, 2012 e 2013.** Nesses termos, entendeu o Plenário pela improcedência da Representação e revogação da medida cautelar. Acórdão TC-747/2014-Plenário, TC 7409/2013, relator Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, publicado em 1/12/2014.

No mesmo sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União ao considerar desarrazoado o requisito de manutenção de uma rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional, sobretudo porque não há no processo qualquer estudo que demonstre a necessidade e a economicidade dessa opção. Vê-se:

Acórdão
Acórdão 1632/2012-Plenário



Data da sessão

27/06/2012

Relator

JOSÉ MUCIO MONTEIRO

[...] Enunciado

A condição de que empresa a ser contratada para prestação de serviço de abastecimento de combustível de frota baseada em dada unidade da federação mantenha rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional configura restrição ao caráter competitivo de certame licitatório.

Resumo

Representação efetuada por empresa, com suporte no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 352/2011-7, promovido pela Superintendência Regional do Dnit no Estado do Rio de Janeiro, que tem por objeto a prestação de serviços de gestão de abastecimento de combustível, com a utilização de cartão magnético. A autora da representação alegou que o edital da licitação possuía cláusulas restritivas à competitividade do certame, entre elas a que impunham à contratada a obrigação de *"6.5-Manter uma rede de postos de serviço credenciados em todo território nacional, com distância entre 60 Km a 200 Km entre eles, de forma a permitir um abastecimento continuado para veículo em viagem e/ou localizado em qualquer Unidade local da SRERJ/DNIT fora do município do Rio de Janeiro"*. A unidade técnica considerou que a exigência de que a contratada mantivesse rede de âmbito nacional, *"mesmo se tratando de frota pertencente à unidade com jurisdição limitada ao estado do Rio de Janeiro"*, afrontaria o disposto no inciso I, § 1º do Art. 3º da Lei 8.666/93, *"com evidente prejuízo à competitividade do certame"*. O relator, então, após consignar que apenas duas empresas participaram do certame, deferiu medida cautelar suspendendo-o, o que mereceu endosso do Tribunal. Após examinar os esclarecimentos trazidos pelo Dnit em resposta a oitiva, reiterou o entendimento de ter sido *"desarrazoado o requisito de manutenção de uma rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional, sobretudo porque não há, no processo, qualquer estudo que demonstre a necessidade e a economicidade dessa opção"*. O Tribunal, após considerar o fato de que o certame em tela veio a ser anulado e ao acolher proposta do relator, decidiu determinar ao Dnit que: *"9.2.2 - abstenha-se de estabelecer cláusula contratual que contemple rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional para abastecer os veículos das superintendências regionais, salvo se restar demonstrada nos autos a efetiva necessidade de deslocamentos para fora dos limites da unidade da federação envolvida e a economicidade dessa solução"*.

Excerto

Voto:

3. A representante, [omissis], indicou a presença de cláusulas restritivas no edital, relacionadas à apresentação, juntamente com a proposta, de uma declaração de que o licitante dispõe de rede de estabelecimentos previamente cadastrados, bem como à manutenção, durante a vigência do contrato, de uma rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional.

[...]

5. Ao examinar os esclarecimentos apresentados pela SRERJ/DNIT, a unidade técnica entendeu, com relação ao primeiro ponto, que não pode ser acolhida justificativa segundo a qual seria necessário apresentar apenas uma declaração atestando a condição de atendimento do objeto licitado, mas não a relação de postos credenciados. Segundo a unidade técnica, o licitante só poderia apresentar a declaração se já dispusesse de uma rede de postos credenciados, e aqueles



que não detivessem tal rede teriam de incorrer em custos para obtê-la, ainda na fase de licitação, o que poderia inibir a participação no certame.

6. O Ministério Público junto ao TCU, por seu turno, ponderou que o edital exige do licitante, apenas, que apresente uma declaração atestando sua capacidade de, caso seja contratado, cumprir o objeto. Isso não representaria ônus às licitantes, por não haver obrigatoriedade de prévio cadastramento dos postos, e encontra amparo no § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93. Mesmo assim, o representante do MP/TCU entende ser pertinente, da mesma forma que a unidade técnica, determinação no sentido de que o edital estipule um prazo para que a empresa contratada promova o cadastramento da rede de postos. Entendo, em linha com o MP/TCU, que a exigência não traz necessariamente encargos aos licitantes, embora o mais correto teria sido a fixação, no edital, de prazo para a apresentação da rede credenciada.

7. **Quanto ao segundo ponto, estou de acordo com a posição uniforme da unidade técnica e do MP/TCU, que consideraram desarrazoado o requisito de manutenção de uma rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional, sobretudo porque não há, no processo, qualquer estudo que demonstre a necessidade e a economicidade dessa opção.**

Acórdão:

9.2 - determinar ao DNIT que, nas próximas contratações para prestação de serviços de fornecimento de combustíveis para seus veículos:

9.2.1 - estabeleça, no edital, prazo suficiente para que a empresa vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas;

9.2.2 - abstenha-se de estabelecer cláusula contratual que contemple rede de postos de serviço credenciados em todo o território nacional para abastecer os veículos das superintendências regionais, salvo se restar demonstrada nos autos a efetiva necessidade de deslocamentos para fora dos limites da unidade da federação envolvida e a economicidade dessa solução;

Desta forma, descabidas e incompletas são as argumentações dispostas no v. Acórdão, devendo, permanecer a infração, pois devidamente caracterizada a indevida restrição à competitividade, em afronta aos princípios da razoabilidade, da economicidade, da proporcionalidade, dentre outros, com a consecutória responsabilização de Amanda Quinta Rangel, Francisco Carlos Viana dos Santos, Paula Viviany de Aguiar Fazolo, Simey Tristão de Sousa e Selma Henriques de Souza.

III.2 – DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS NÃO PRESTADOS NA EXECUÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE CAMINHÃO PIPA

Colhe-se do v. Acórdão que o afastamento da irregularidade disposta no item **2.2.2 – Pagamento por serviços não prestados na execução de contrato de locação de caminhão pipa** – adveio da seguinte explanação:

Compulsando os autos, verifiquei que a unidade de medida do serviço constantes no Termo de Referência, no orçamento apresentado pela empresa e também no Contrato é o valor da hora de locação de caminhão pipa com equipe composta de (01) um motorista devidamente habilitado e (01) um ajudante por caminhão.

O termo “carro de apoio” foi inserido apenas **pela própria empresa** em documento que detalha a composição dos custos dos serviços. A análise do Termo de Referência e do Contrato permite concluir que poderá haver situações durante a prestação do serviço em que será necessária a utilização do carro do



apoio (item 7.6 e 7.7 do Termo de Referência – evento 2 - e 2.3 do Contrato – evento 3).

Como não é possível se antever de forma precisa todos os insumos que serão necessários para a prestação do serviço, a planilha apresentada pela empresa deve prever apenas uma estimativa desses itens.

O Colendo TCU já se manifestou em algumas oportunidades no sentido de que alguns itens constantes na planilha de custos são meramente referências, não se vinculados aos custos efetivamente suportados pela Contratada, como se mostra:

“Não é demais lembrar que a Administração não pagará diretamente pelos encargos trabalhistas indicados na planilha, pois são eles de responsabilidade da contratada. **Não interessa para a contratante, por exemplo, se em determinado mês a contratada está tendo gastos adicionais porque muitos empregados estão em gozo de férias ou não. À contratante interessa que haja a prestação de serviços de acordo com o pactuado.** Ou seja, a planilha de formação de custos de mão de obra constitui um útil ferramental para a análise do preço global ofertado, mas **não constitui em indicativos de serviços unitários a serem pagos de acordo com a sua execução**, como quando ocorre com os serviços indicados no projeto básico de uma obra pública, os quais são pagos de acordo com o fornecimento de cada item unitário.

Aliás, nem poderia ser diferente, pois a contratação prevê um pagamento fixo mensal e os valores dos encargos trabalhistas indicados estão sujeitos a variações que escapam ao controle das partes contratantes (v. g., aviso prévio indenizado, auxílio doença, faltas legais, licença maternidade/paternidade, faltas legais, etc.). Desta forma, **os valores correspondentes aos encargos são meras estimativas apresentadas pela licitante, de forma que eventuais divergências entre o apresentado e o efetivamente ocorrido devem ser considerados como inerentes aos riscos do negócio**, impactando positivamente ou negativamente sobre o lucro da contratada.” (Ministro BENJAMIN ZYMLER. Brasília, 01 de setembro de 2009). **[grifo nosso]**

45. Ad argumentandum, ao examinar contratações de serviços cujo regime de execução seja a empreitada por preço global ou a empreitada por preço unitário, mas que não envolvam serviços de terceirização, não é lícito pinçar um ou mais itens de custo isoladamente, qualificá-los como excessivos ou irregulares e determinar providências para ressarcimento, sob pena de se alterar indevidamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para concluir pela ocorrência de dano ao erário, é mister examinar o preço total do contrato (empreitada por preço global) ou o preço da unidade de medida adotada (empreitada por preço unitário) e compará-lo com valores praticados no mercado. (voto do Acórdão TCU 1805/2014 – Plenário)

Igualmente ocorre no presente caso. Isso porque, não é possível que a Contratada preveja de antemão exatamente todos os encargos que suportará na prestação do serviço, pois há itens que ela consegue apenas estimar.

Ora, caso ocorresse algum defeito em um caminhão pipa e houvesse a necessidade de substituí-lo, o ônus financeiro seria da contratada, pois assim está previsto no Termo de Referência, mesmo não estando esse item expressamente previsto na planilha.

Da mesma forma ocorre com o carro de apoio. O Termo de Referência prevê a utilização do carro de apoio em determinadas ocasiões, contudo é impossível de se prever precisamente o quantitativo que será necessário, o que força a Contratada a realizar uma estimativa. Entretanto, caso a necessidade desse serviço vier a ser superior à devida, a Contratada não fará jus a uma remuneração



superior à firmada, da mesma forma que a mesma não deverá ter seu pagamento descontado caso não utilize o total estimado na proposta.

Dessa forma, dirijo da área técnica e do *Parquet* de Contas quanto a irregularidade e a necessidade de ressarcimento.

Nesta toda, observa-se que o afastamento da irregularidade e do ressarcimento derivou do fato de que não se comprovou que os serviços foram praticados com valores acima do mercado, compondo, pois, o valor atinente ao carro de apoio como parte custo de serviço a ser pago por hora de locação de caminhão pipa com equipe composta de motorista e ajudante.

No entanto, consoante se extrai da ITC 01524/2017-7, na medida em que a sociedade empresária emprega valores individuais e diferenciados de hora de locação para caminhão pipa e para carro de apoio, compreende-se, obviamente, que a Administração Municipal pagou pelos referidos serviços, ainda que um deles sequer fora contratado e, pior, não executado.

[...] Não cabe razão à Defesa, uma vez que “carro de apoio” não se confunde com a manutenção dos caminhões (que inclui peças e mão-de-obra), conforme demonstrado pela própria empresa Vixtrell e sua “planilha detalhada da composição de preços da planilha orçamentária referente contratação de horas de caminhão pipa” (fl. 287-288, vol. II).

Neste documento, composto de três tabelas, a empresa apresenta (na primeira tabela) os custos do a) caminhão pipa e, b) do “carro de apoio pick up strada” e informa, para estes dois itens (centros de custo), os componentes “manutenção e peças”, “pneus”, “lubrificantes”, dentre outros.

O custo mensal parcial do caminhão pipa soma R\$17.270,93 e do carro de apoio, R\$2.792,47 (R\$117,50/h e R\$21,53/h, respectivamente).

Na segunda tabela denominada “planilha de custo mensal dos funcionários”, é detalhado o custo da mão-de-obra também para os dois veículos, caminhão pipa (“motorista” e “ajudante”, R\$5.400,40) e carro de apoio (“apoio”, R\$2.300,90).

A terceira tabela faz a agregação do custo total a partir das tabelas anteriores.

Logo, os custos detalhados apresentados pela empresa Vixtrell são separados por veículo (caminhão pipa e carro de apoio), de forma que as alegações apresentadas não correspondem aos fatos e documentos apresentados.

[...] conforme exposto na ITI 1018/2014, a empresa contratada, Vixtrell apresentou para a prefeitura de Presidente Kenedy, após a contratação uma planilha de custos referentes aos serviços contratados (a “planilha detalhada da composição de preços da planilha orçamentária referente contratação de horas de caminhão pipa”, fls. 287- 288, vol. II), em que detalha os custos do caminhão pipa (R\$95,97/h) e o “custo de carro de apoio pick-up estrada” (R\$21,53/h, conforme cálculo), este último não previsto no objeto do contrato, perfazendo o valor de R\$117,50/h.

De fato, cabia à empresa, em razão do termo de referência e contrato, a “manutenção dos caminhões pipa” e que tais custos estavam incluídos no preço contratado.



Ocorre que não havia exigência de “carro de apoio”, nem no termo de referência, nem no contrato.

A empresa, quando detalhou os custos dos serviços (R\$117,50/h), destacando dois “centros de custo” – caminhão pipa e carro de apoio – além de incluir um serviço não previsto no contrato (carro de apoio), estabeleceu o “custo por hora”, de forma que em toda hora utilizada dos caminhões pipa estaria incluída uma hora de “carro de apoio”, independente ou não de sua efetiva necessidade.

Além disso, deve-se registrar que na Instrução Técnica Conclusiva 01524/2017-7 foram evidenciadas irregularidades no valor contrato, superior a contrato posterior celebrado na própria Prefeitura, bem como na liquidação, uma vez que não se comprova sequer a utilização de carros de apoio, muito menos o quantitativo utilizado. Vejamos:

[...] Compulsando os autos, considerando o primeiro pagamento, observa-se que os pagamentos são realizados com suporte em uma “planilha de medição” (fl. 290-293), a partir da qual o servidor Ruy Candido Athayde emite despacho “atestando” os serviços indicados na medição (fl. 297), acompanhado da nota fiscal da empresa (fl. 298) na qual consta também o “atesto” do mesmo servidor e de outro (Washington Paixão Dias, fiscal de contrato), seguido dos documentos de regularidade da empresa e da “autorização” de pagamento por parte da prefeita (fl. 316) e o respectivo cheque (fls. 319-320).

Após as ordens de liquidação e de pagamento, constam os “boletim diário de tráfego” elaborados pela empresa (fls. 325-386), com as informações dos veículos (caminhão pipa), quilometragem e horários e local de execução dos trabalhos, informando, ainda, o nome do “motorista” e do “operador”; este “boletim” contém um campo para a descrição possíveis problemas (“relatório de anomalias no veículo”).

Em nenhum destes documentos (“atesto” dos serviços, nota fiscal, boletim de tráfego) há informações da participação ou acompanhamento dos “carros de apoio” e seus respectivos motoristas/ajudantes, placa dos veículos, horário de uso, quilometragem percorrida e local de atuação.

Constata-se, ademais, que nos “boletim diário de tráfego” elaborados pela empresa, não se registra nenhuma ocorrência no campo “relatórios de anomalias no veículo” – ocorrências necessárias para a utilização do “carro de apoio” – exceto o horário de almoço do motorista e ajudante do caminhão pipa.

Assim, há nos autos o registro de informações relativas à execução dos serviços dos caminhões pipa contratados, mas não há indícios ou informações que comprovem a efetiva utilização dos “carros de apoio” (no caso, há de se considerar que na planilha de custos apresentada pela empresa, para cada caminhão pipa deveria ser alocado o respectivo carro de apoio, ou seja, como o contrato era para o uso três caminhões pipa, deveriam ser utilizados três carros de apoio e não há o menor indício de que isto tenha ocorrido).

Não há, portanto, nos autos do processo, a comprovação da efetiva prestação dos serviços dos “carros de apoio”, evidenciando pagamentos indevidos.

Não devem ser acolhidas as alegações.



Mantida a irregularidade e o respectivo ressarcimento no valor de R\$116.262,02 (48.808,57 VRTE).

[...] apesar de argumentar que os valores de referência por ele utilizados em suas alegações (a memória de cálculo do engenheiro da prefeitura, R\$93,37/h, e a tabela do DER-ES, R\$102,83/h – valores que não são utilizados como referência pela equipe técnica) estavam abaixo do valor “correto” de mercado (o engenheiro na sua planilha teria cometido “erro” e o valor do DER-ES referia-se a caminhão com capacidade de 6.000l, fl. 2630), **o próprio agente declara que a licitação realizada posteriormente pelo município (Pregão 36/2013, Ata de Registro de Preços para caminhão pipa de 15.000l também sem exigência de carro de apoio, conforme RAO 25/14) alcançou o preço de R\$71,50/h (conforme documento à fl. 2795 anexado pelo agente), inferior em 39,1% ao preço de R\$117,50 contratado com a Vixtrel.**

Quanto à ausência de comprovação da efetiva prestação dos serviços, o defendente apresenta uma “Certidão” (fl. 2798), datada de 9 de dezembro de 2014, firmada pelo então fiscal do Contrato 05/2013, Washington Paixão Dias, em que declara “(...) o veículo pick-up Strada trabalhou efetivamente como carro de apoio durante todo o período de execução do contrato 005/2013 (...)”.

Entretanto, além de tal documento não ter valor jurídico, pois: a) não integra o Processo 842/13, b) foi firmado mais de um ano após a ocorrência dos pagamentos, c) não apresenta prova objetiva ou documental, d) não indica as placas dos veículos, dos respectivos motoristas, e d) trata-se de afirmativa contrária aos fatos e documentos apresentados no RAO 25/14, esta “certidão” apresenta elemento desconexo com os fatos narrados, apresentados e documentados, uma vez que afirma, no singular, que o “veículo pick-up Strada trabalhou efetivamente como carro de apoio”.

Conforme se observa dos documentos, foram contratados três caminhões pipa e no preço fixado do serviço de cada um deles estava incluído o carro de apoio, quer dizer, três caminhões pipa e três carros de apoio, conforme planilha de custos apresentada pela empresa contratada (fls. 287-288, vol. II) e conforme valores pagos à empresa (R\$117,50/h/caminhão pipa) pela execução do Contrato 05/2013.

Logo, tal “declaração” do então Fiscal de Contrato (fl. 2798) não merece recepção como verossímil, fidedigna e legítima, pois não se coaduna com os fatos e documentos, servindo, ao fim, como prova reversa, uma vez que afirma a utilização de apenas um carro de apoio (sem qualquer prova), quando efetivamente foram pagos três carros de apoio aos três caminhões pipa.

Não devem ser acolhidas as alegações.

Mantida a irregularidade e o respectivo ressarcimento no valor de R\$116.262,02 (48.808,57 VRTE).

[...] Observe, no caso, que dos relatórios gerenciais apresentados pela empresa, em nenhum deles houve o registro de ocorrências (mecânicas, técnicas, humanas) que necessitassem do carro de apoio.

Mas, para cada hora paga (R\$117,50) pelo uso dos caminhões pipa, R\$21,53 referiam-se aos carros de apoio, que não foram utilizados (não há os autos ou nos



documentos apresentados pela Defesa a comprovação da efetiva prestação de serviços pelos “carros de apoio”).

Mesmo porque, foram contratados três caminhões pipa, ou seja, cujos custos incluíam os carros de apoio – logo, deveriam estar ao lado dos caminhões pipa, constantemente, três carros de apoio, uma vez que o custo total/hora dos serviços dos caminhões incluía o custo dos carros de apoio.

Tal assertiva – o custo do veículo de apoio está englobado no custo total dos serviços – foi feita pela empresa e demonstrada pela planilha detalhada que ela apresentou (fls. 287-288, vol. II e trazida novamente aos autos pela Defesa, fl. 2421).

Por isso, a alegação, agora, de que “não é possível de medição” o uso dos carros de apoio **representa, por fim, a assunção de que tais carros de apoio não foram utilizados na forma como foram pagos (de fato, como alegou a ITI 1018/2014, não há nenhuma comprovação da efetiva prestação dos serviços dos carros de apoio).**

Então, foi oportunizado à empresa a possibilidade de comprovação do uso dos carros de apoio que deveriam acompanhar constantemente os três caminhões pipa (independente de ocorrências concretas).

Ou então, que comprovasse ao menos a utilização de um carro de apoio, supondo que ficasse em estado de alerta para atender possíveis ocorrências – o que resultaria em necessidade de conciliação dos valores pagos diante da efetiva prestação dos serviços.

Entretanto, a Defesa não comprova a prestação efetiva dos serviços dos carros de apoio contratados, em qualquer quantidade.

A empresa anexa doze notas fiscais do Auto Posto Campo Novo e diversos contracheques de diferentes funcionários, além de cópia do Contrato 05/2013 e do Edital de licitação.

Quanto às notas fiscais do Auto Posto Campo Novo, a equipe informa tratar-se de prova de que teria havido a utilização dos carros de apoio, uma vez que tais notas fiscais indicam o consumo de gasolina (conforme tabela à fl. 2405, teriam sido consumidos 1.012,71 litros de gasolina entre os meses de março e agosto, consumo médio mensal de 168,78 litros).

Tais documentos não identificam quais veículos teriam sido abastecidos, em que datas, quantidade por abastecimento e os respectivos motoristas. Ainda assim, mesmo não acolhendo as alegações como pertinentes, pode-se fazer os seguintes cálculos:

a) considerando o item “4.3 - Valor estimado” do Termo de Referência (fl. 152), fica definido o total de utilização dos caminhões pipa em 5.400 horas por 180 dias. Considerando a contratação de 3 caminhões pipa, significa que cada caminhão pipa iria ser utilizado 10h por dia. Considerando uma velocidade média de 10km/h, cada caminhão percorreria, ao longo do dia, 100km;

b) considerando que cada caminhão pipa tivesse o acompanhamento constante de um carro de apoio (fiat strada), este veículo também percorreria 100km/dia. Considerando o consumo médio de 10km/l, cada veículo consumiria, por dia, 10l (300l/mês por veículo ou 900l por mês considerando os 3 carros de apoio);



c) se três carros de apoio consomem 900l de gasolina por mês, por seis meses seriam 5.400l – e a empresa alega que seus carros de apoio consumiram 1.012,71 litros de gasolina em seis meses (18,7% de 5.400l).

Ou seja, por outra via, as alegações da Defesa representam (mesmo não acolhendo as alegações como pertinentes), novamente, a assunção de que tais carros de apoio não foram utilizados na forma como foram pagos.

B) As alegações da empresa não coincidem com a realidade, uma vez que o item “2.1- especificação do objeto” do termo de referência (fl. 150) define que a equipe operacional dos caminhões pipa seria “composta de 1 motorista e 1 ajudante”, e não dois motoristas e dois ajudantes.

Ademais, a empresa declara, em relação aos motoristas, que “manteve (...) um a mais para o carro de apoio mecânico e operacional”.

Tal declaração representa, novamente, a assunção de que os “carros de apoio” não foram utilizados na forma como foram pagos (de fato, a ITI 1018/2014 considera não ter sido utilizado carro de apoio), já que a previsão era de que cada caminhão pipa teria um carro de apoio, sendo necessários, portanto, três motoristas a mais, um para cada “carro de apoio mecânico e operacional” e a empresa declarou ter apenas um motorista para o carro de apoio.

Assim, por todo o exposto, as alegações e documentos apresentados pela Defesa não comprovam a efetiva prestação dos serviços dos carros de apoio aos caminhões pipa, o qual resultou em pagamentos por serviços não prestados e respectivo dano ao erário.

Não devem ser acolhidas as alegações.

Mantida a irregularidade e o respectivo ressarcimento no valor de R\$116.262,02 (48.808,57 VRTE).

Nestes termos, insta destacar que os elementos probatórios colacionados aos autos são fartos em demonstrar que persiste a irregularidade nos dispêndios efetuados.

A propósito, são extraídos dos arts. 58 a 70 da Lei n. 4.320/1964 as fases de realização de despesa que é registrada na lição da Regis Fernandes de Oliveira¹ do seguinte modo:

Consuma-se a despesa em três fases: o empenho, a liquidação e o pagamento.

Antes de mais nada, devem existir procedimentos para se aferir a necessidade da despesa. Realiza-se, nos casos em que é exigida, a licitação e, decidida a aquisição, a obra ou serviço, deve ser efetuado o pagamento.

O *empenho* “é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição” (art. 58). Na precisa lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, “consiste na reserva de recursos na dotação inicial ou no salvo existente para garantir a fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços pelo fornecimento de materiais, execução de obras ou prestação de serviços”. Materializa-se pela emissão de um documento que identifica a quem se deve pagar e quanto se paga. Anota CELSO BASTOS que

¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. Curso de Direito Financeiro. 2ª ed. rev. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 367/368.



“o empenho não cria a obrigação jurídica de pagar, como acontece com outros sistemas jurídico-financeiros. Ele consiste numa medida destinada a destacar, nos fundos orçamentários destinados à satisfação daquela despesa, a quantia necessária ao resgate do débito”.

A Lei de Responsabilidade Fiscal contém alguns limites para a realização de empenho, fixando diretrizes para o contingenciamento.

Nenhum empenho pode exceder o crédito previsto. Podem ser diversas as ordens de empenho, mas não podem exceder o montante da dotação. Demais, a lei é taxativa no sentido de estabelecer ser “vedada a realização de despesa sem prévio empenho” (art. 60). Como bem anotam J. TEIXEIRA MACHADO JR. E HERALDO DA COSTA REIS, a nota de empenho “é simplesmente um mecanismo utilizado pelo Poder Público para materializar a garantia de pagamento assegurada pela relação contratual entre o Estado e terceiros, ou ainda para cumprimento de obrigações de pagamentos oriundas de mandamentos constitucionais e de leis ordinárias”. Evidente está que há despesas que independem da emissão de nota de empenho, tais como despesas oriundas de mandamento constitucional, partilha de recursos pelos Fundos, despesas contratuais etc.

Não se confundem o *empenho* com a *nota de empenho*. Empenho é previsão de recursos para pagamento do débito, constituindo-se em garantia do credor no recebimento. É instrumento de programação. Daí não se poder empenhar depois de realizado o pagamento. Nota de empenho é o instrumento, é o documento que representa a autorização para pagamento.

Segue-se a liquidação que consiste na verificação do direito do credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do crédito (art. 63). Examina-se a origem do crédito, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar. A origem encontra-se no contrato ou na nota de empenho ou nota fiscal. Tal ato nada cria, é simples verificação da legalidade e da obediência às formalidades legais.

Estando tudo em ordem, emite-se a ordem de pagamento, que é o “despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga” (art. 64). A partir daí, há a mera formalidade de emissão do cheque para o pagamento ou de ordem de transferência de saldo para a conta do credor.

Em se cuidando de pagamento de *precatórios*, basta a movimentação financeira, mediante depósito à disposição do Juízo, que se encarrega do pagamento ao credor, mediante guia de levantamento.

A ordem de pagamento passou a ser, a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, ato de suma importância, porque identifica o responsável como *ordenador da despesa*. Este é o responsável pela verificação da realidade do gasto público.

Denota-se, em suma, que o emprego de recursos públicos não fica ao alvedrio do administrador, que deve fundamentar sua necessidade e observar as fases da realização de despesas, questões estas que não foram respeitadas pelos responsáveis.

Ainda, calha mencionar que, consoante entendimento dessa Corte de Contas, abaixo transcrito, caberia aos responsáveis provar a regular liquidação do contrato, o que não restou efetivado no presente processo, devendo conservar, portanto, o valor a ser devolvido.

Nos processos de contas perante o TCEES, cabe ao gestor provar a regular



aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova.

Tratam os autos de recurso de reconsideração interposto em face do Acórdão TC-1378/2015-Segunda Câmara. Ao analisar o processo nº 4148/2008, referente ao Convite nº 112/2008, o corpo técnico desta Corte apontou que a prefeitura de Alto Rio Novo/ES realizou parte do pagamento da despesa na data de assinatura do contrato, o que viola o artigo 62 da Lei 4.320/64, que permite pagamento somente após a regular liquidação da despesa. Inicialmente, o relator observou: *“Quanto à alegação da recorrente que a esta Corte compete provar a irregularidade, a Constituição Federal estabelece que cabe a qualquer pessoa que verse os recursos públicos a obrigação de prestar contas sob estes”*. Assim, aduziu: **“nas ações de contas para que ocorra o julgamento das contas dos responsáveis pelos Tribunais de Contas apontando pela regularidade, é de responsabilidade do gestor comprovar que utilizou os recursos adequadamente. O próprio Tribunal de Contas da União, em Enunciado nº 176, consolidou tal entendimento, in verbis: ‘Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova’”**. Em continuidade, o relator argumentou: **“Assim, a esta Corte compete, com fundamento no art. 71, inciso II da CF, emitir um juízo de valor acerca da regularidade e da conformidade da gestão dos administradores públicos e não provar, como alega a Recorrente, que a irregularidade aconteceu. Muito pelo contrário, compete a quem gere e executa os recursos públicos trazer ao processo, documentos capazes de comprovar que ocorreu a liquidação regular do contrato”**. O relator citou ainda a alegação da recorrente de que a liquidação do contrato é de conhecimento geral da população do município. Dessa forma, concluiu: *“o argumento de que a população possui conhecimento se tratam de argumentos vazios e sem relevância para o processo, pois para fins de comprovação de liquidação, exige-se a juntada de conteúdo probatório capaz de comprovar a regular liquidação com aptidão para afastar as irregularidades apontadas no Processo TC 748/2009”*. O Plenário, à unanimidade, decidiu por negar provimento ao recurso quanto ao mérito, mantendo incólume a decisão recorrida. Acórdão TC 502/2019-Plenário, TC 2074/2016, relator conselheiro Domingos Augusto Taufner, publicado em 10/06/2019.

Ressalta o caráter gravíssimo da infração praticada o fato de que está capitulada na Lei n. 8.429/1992 como **ato de improbidade administrativa** que **causa prejuízo ao erário** (art. 10), encontrando-se, ainda, tipificada como **crime de responsabilidade do Prefeito Municipal**, nos termos do art. 1º, inciso V, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Em suma, persiste a infração, de responsabilidade de **Amanda Quinta Rangel, Miguel Ângelo Lima Qualhano e Vixtrel Construções e Montagens Ltda**, o quais devem ser condenados a ressarcir **48.808,57 VRTE** pelo pagamento de serviços não executados.

III.3 – DA OPÇÃO PELA DESPESA COM A LOCAÇÃO DE VEÍCULOS SEM PRÉVIO ESTUDO DA VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA LOCAÇÃO EM RELAÇÃO À AQUISIÇÃO DOS BENS OU OUTRA FORMA DE CONTRATAÇÃO DISPONÍVEL NO MERCADO

O afastamento do item 2.2.3 – Opção pela despesa com a locação de veículos sem prévio estudo da viabilidade econômico-financeira da locação em relação à aquisição dos bens ou outra forma de contratação disponível no mercado do v. Acórdão derivou do fato de que as peculiaridades do caso concreto tornaram um pouco mais complexa a realização do prévio estudo de viabilidade econômico-financeira da locação. Vejamos:



O presente caso possui diversas peculiaridades que torna um pouco mais complexa a realização desses estudos. Como exemplo pode-se citar as seguintes variáveis:

- i. Ser uma contratação provisória, isso é, não é um serviço que será utilizado pela Administração de forma perene;
- ii. Haver disponibilização de mão de obra para a prestação do serviço. A Administração possui essa mão de obra em seus quadros ou irá terceirizar?
- iii. Solução a serem implementadas em caso de defeito nos caminhões;

Dessa forma, não há como penalizar os agentes pela não realização dos estudos preliminares no presente caso concreto.

Ante o exposto, dirijo da área técnica e do *Parquet* de Contas quanto a presente irregularidade.

Data vênua, tornar um pouco mais complexa a realização dos prévios estudos não significa torná-los impossíveis de serem realizados.

Ademais, as variáveis elencadas na decisão – provisoriedade do serviço, disponibilização de mão de obra e soluções a serem implementadas em caso de defeitos nos caminhões – não se mostram aptas a dificultar o corriqueiro dever da Administração Pública de aferir a necessidade da despesa, justificando-a de forma clara e precisa, com base em prévios estudos de viabilidade econômico-financeira.

Não se trata, portanto, o apontamento de mera inconsistência, sim de constatação que indica a ausência de estudos preliminares que assegure a viabilidade econômico-financeira do objeto a ser contratado.

Neste sentido, deve-se lembrar que toda a despesa pública deve ser previamente motivada, indicando-se o interesse público a ser alcançado, sendo dever do gestor público comprovar a vantajosidade da contratação através da realização de estudo específico para avaliar o custo-benefício das diferentes formas de contratação.

Desta maneira, **deve persistir o apontamento** com a aplicação das sanções devidas aos responsáveis Amanda Quinta Rangel, Miguel Ângelo Lima Qualhano e Simey Tristão de Sousa.

III.4 – DO ESTABELECIMENTO DE EXIGÊNCIA INDEVIDA PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DO LICITANTE EM CERTAME CAUSANDO RESTRIÇÃO AO SEU CARATER COMPETITIVO

O v. Acórdão manteve o apontamento descrito no item 2.2.4 – Estabelecimento de exigência indevida para qualificação técnica do licitante em certame, causando restrição ao seu caráter competitivo, afastando, contudo, a responsabilidade da Procuradora Geral, que teria elaborado parecer jurídico sobre a minuta do edital, com base nos seguintes fundamentos:

Entretanto, discordo da área técnica quanto à responsabilização [...] da Procuradora Geral, Paula Viviany de Aguiar Fazolo.



Isso porque, o mérito da presente irregularidade depende de interpretação quanto a aspecto técnico, relacionado à área de publicidade, para sua identificação.

A Procuradora Geral [...] atuaram com base em exigência que veio do Termo de Referência, que não foi confeccionado por nenhuma delas. Dessa forma, diante da complexidade da área, que, por isso, inclusive, mereceu uma legislação própria, devem ter suas responsabilidades afastadas.

Cabe lembrar que o aponte de irregularidade se refere à indevida exigência, constante no Edital de Concorrência n. 04/2013, de apresentação de comprovante de registro ou inscrição da licitante na entidade profissional competente – Sindicato das Agências de Propaganda da sua base territorial ou Associação Brasileira de Agências de Publicidade/ABAP, em vigor na data de apresentação dos documentos de habilitação.

Assim, considerando que a atuação da procuradora jurídica, no caso vertente, foi de prévio exame e aprovação da minuta do edital, bem como do contrato, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, caberia a ela verificar, sim, a existência de cláusulas editalícias restritivas, devendo, se necessário, pela especificidade da matéria, recorrer a legislações referentes ao tema.

Não se trata, portanto, de avaliação de qualquer aspecto técnico estranho à seara de atuação da procuradora, sim de matéria que deveria ser analisada pela profissional a fim de verificar sua conformidade com o art. 30 da Lei n. 8.666/1993.

Nesta toada, cabe ressaltar que consoante posicionamento do Tribunal de Contas da União, *“a emissão de parecer, sem a devida fundamentação, que confirme a manutenção de cláusulas restritivas ao caráter competitivo de certame licitatório motiva a aplicação de multa ao parecerista”* (Acórdão 8117/2011 – Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues).

Assim sendo, **deve persistir a responsabilidade de Paula Viviany de Aguiar Fazolo no apontamento com a aplicação das sanções cabíveis.**

III.5 – DO ESTABELECIMENTO DE EXIGÊNCIA DE GARANTIA CONTRATUAL SEM NECESSIDADE, CAUSANDO RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO

A irregularidade, que se refere ao estabelecimento de exigência de garantia contratual corresponde a 5% do valor estimado do contrato sem motivação (item 2.2.5 do v. Acórdão), foi afastada com base nas seguintes argumentações:

Em relação ao mérito da irregularidade, as defesas argumentam que não há fundamento legal para manutenção da irregularidade, uma vez que a Lei de Licitações permite a exigência questionada.

Primeiramente, deve-se esclarecer, que a garantia da execução contratual, é útil, não apenas para garantir eventual não entrega dos produtos/serviços previstos no contrato, mas também para execução de eventuais multas aplicada pela Administração, conforme §2º do art. 86 da Lei 8.666/93.

Na análise do contrato é possível verificar que são previstas, na cláusula décima segunda (evento 14, pag. 97), a possibilidade de aplicação de multa até o valor de 10% do Contrato.



Dessa forma, caso a Contratada descumpra alguma das obrigações estabelecidas na cláusula sexta (evento 14, pag. 91) ele poderá ser penalizada com a aplicação de multa, sendo que esse valor seria descontado da garantia contratual.

Assim, como o valor máximo da multa é superior ao valor da garantia, não se entende como desarrazoada a sua previsão, mesmo o pagamento sendo realizado apenas após a efetiva entrega do serviço, o que na verdade é a regra nas contratações públicas.

Ademais, como a entrega da garantia não é exigência para participar da licitação, e sim para assinar o contrato, não se pode afirmar que ela é uma cláusula restritiva da licitação, conforme afirmado na presente irregularidade.

Dessa forma, divergindo da área técnica e do *Parquet* de Contas afasto a presente irregularidade.

Denota-se do art. 56, § 2º, da Lei n. 8.666/1993 que *“a garantia [...] não excederá a cinco por cento do valor do contrato”*.

Assim, o questionamento levantado pela equipe de auditores foi de que faltavam justificativas para a garantia exigida no Edital de Concorrência 04/2013 por ela corresponder a 5% do valor estimado do contrato, ou seja, o limite disposto no art. 56, § 2º, da Lei n. 8.666/1993.

O posicionamento que preponderou no v. Acórdão, mesmo não tendo os responsáveis apresentando justificativas para tanto, foi de que a garantia pode ser empregada tanto na eventual não entrega de produtos/serviços previstos como também para execução de eventuais multas aplicadas pela Administração, a multa contratual supera o valor da garantia e a exigência não restringiu o caráter competitivo porque empregada somente na assinatura do contrato.

Todavia, conforme ressaltado pela unidade técnica na ITC 01524/2017-7, persiste a restrição à competitividade *“pois se trata de valor vultoso associado ao tipo de serviços a ser contratado (publicidade), cujos pagamentos seriam realizados após 30 dias de prestação dos serviços, condições que demandam [...] a apresentação de justificativas para tal exigência”*.

Deste modo, as possibilidades de utilização da garantia (no caso de inexecução contratual e de aplicação de multa), assim como o valor da multa contratual, não tem o condão de afastar o apontamento, uma vez que persiste sem explicação o percentual exigido no edital em razão do objeto a ser contratado.

Além disso, conforme já delineado no tópico III.1 desta peça recursal, a infração existe porque a exigência é irrazoável, excessiva e injustificada, pouco importando se necessária para a habilitação ou somente para a contratação.

Desta forma, faltando suporte jurídico para o afastamento do apontamento, **devem ser responsabilizadas pelo apontamento Amanda Quinta Rangel e Selma Henriques de Souza**.



III.6 – DO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIO DESPROVIDO DE RAZOABILIDADE PARA CONSIDERAÇÃO DA INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA EM EDITAL DE LICITAÇÃO, ACARRETANDO NA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO

Observa-se que o afastamento das responsabilidades de Amanda Quinta Rangel e Selma Henriques de Souza na irregularidade disposta no item 2.2.7 - Estabelecimento de critério desprovido de razoabilidade para consideração da inexequibilidade da proposta em edital de licitação, acarretando na desclassificação da proposta mais vantajosa para a administração deriva da seguinte exposição:

Em relação às condutas dos Responsáveis, entende-se que deve ser afastada a responsabilização da Prefeita Municipal Amanda Quinta Rangel e da Pregoeira Selma Henriques de Souza.

Isso porque não é possível atestar a reprovabilidade da conduta das mesmas, tendo em vista que atuaram amparadas por parecer jurídico e ainda pelo fato, já mencionado, de que, se for feita uma interpretação apenas textual do dispositivo, o disposto no Edital atende aos Acórdãos exarados sobre o tema, tendo em vista que permite o oferecimento de taxa de administração negativa nas propostas.

Dessa forma, divergindo parcialmente da conclusão da área técnica e do *Parquet* de Contas, entendo pela manutenção da irregularidade e da responsabilização da Procuradora Municipal Paula Viviany de Aguiar Fazolo, bem como da Secretária Municipal de Administração Rosângela Lírio Guisso, e pelo afastamento da responsabilidade da Prefeita Municipal Amanda Quinta Rangel e da Pregoeira Selma Henriques de Souza.

A *priori* deve-se registrar que o apontamento faz menção à desclassificação da sociedade empresária Bigcard Administradora de Convênios Serviços Ltda. no Pregão Presencial n. 38/2013 com base no item 6 do Termo de Referência que limitou a taxa de desconto a – 1%, sendo que a proposta da empresa foi de – 2,03%.

Assim, não deve prosperar o entendimento, que afastou a responsabilidade de Amanda Quinta Rangel e Selma Henriques de Souza, de que o critério que limitou a taxa de desconto a – 1% atende os acórdãos exarados sobre o tema, na medida em que os julgados que possibilitam a taxa de administração negativa ou de valor zero não define o percentual aceitável.

Ademais, depreende-se dos julgados abaixo transcritos, todos do Tribunal de Contas da União, que, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital.

Acórdão 2004/2018 – Primeira Câmara, Rel. Walton Alencar Rodrigues

Em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa. Entretanto, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital.

Acórdão 1556/2014 – Segunda Câmara, Rel. Ana Arraes

Em procedimentos licitatórios para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, em cada



caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital.

Acórdão 1034/2012 – Plenário, Rel. Raimundo Carreiro

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação.

Não obstante, consoante ressaltado pela unidade técnica na ITC 01524/2017-7, “esses critérios objetivos, necessários a julgamento das propostas, não foram inseridos no instrumento convocatório”.

Ao mesmo tempo, a existência de parecer jurídico, elaborado em obediência ao art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, não suprime a responsabilidade dos demais agentes públicos na irregularidade atacada, uma vez que “a existência de pareceres técnicos ou jurídicos somente afasta a responsabilidade do gestor quando a matéria for extremamente técnica e de difícil detecção pelo responsável” (TCU, Acórdão 6414/2018 – Primeira Câmara Rel. Weder de Oliveira).

Desta forma, considerando que o cerne da questão estaria na fixação de limite de taxa de desconto sem qualquer parâmetro razoável ou justificativa, deve **Selma Henriques de Souza ser responsabilizada por elaborar edital de pregão com cláusula restritiva, ensejando na desclassificação indevida da proposta mais vantajosa para a Administração, bem como Amanda Quinta Rangel por homologar certame cujo edital previa a sobredita cláusula restritiva.**

III.7 – DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM DEMONSTRAÇÃO DA REAL NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

O apontamento se refere à contratação temporária de servidores, em vista da inexistência de lei municipal que explicita a necessidade temporária de excepcional interesse público, violando, assim, o art. 37, incisos II e IX, da Carta Magna, abaixo transcritos:

Art. 37. [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

No entanto, a irregularidade foi expurgada na v. Decisão Definitiva em razão dos seguintes embasamentos:

2.1.2 DA PRELIMINAR DE NEGATIVA DE EXEQUIBILIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS 1.079/2013, 1.080/2013 E 1.073/2013



[...] Analisando os fatos, verifica-se que a Prefeita Municipal assumiu o cargo em janeiro de 2013. Antes disso, o município passou por período de intervenção estadual (ano de 2012).

Há de se considerar também que, conforme relatado na RAO 25/2014, o município não realizava concurso desde 2008.

Dessa forma, ao assumir a gestão municipal, a situação fática era de escassez de servidores efetivos (tendo em vista o grande quantitativo que foi contratado de forma temporária), poucos cargos vagos e sem concurso vigente para preenchê-los, conforme pode-se notar na tabela abaixo, elaborada pela equipe de auditoria:

Tabela V: Comparativo entre o quantitativo de cargos efetivos ocupados e vagos e o quantitativo de contratações temporárias.

Cargo	Quantitativo de cargos criados ¹	Cargos efetivos ocupados ³	Cargos vagos	Temporários com contrato em vigor em fev/14 ⁴
Professor MaMPB	76	70	6	50
Assistente Social	5	4	1	9
Psicólogo	4	3	1	4
Pedagogo ²	0	0	0	1

LEGENDA:

¹ Lei Municipal 1.039/2012

² Não há cargos criados de pedagogo.

³ Conforme Portal Transparência Ref. Fev/2014

⁴ Conforme Portal Transparência Ref. Fev/2014 e Relação dos Temporários contratados entre 2012 e 2014 (DOC. 14)

A estruturação para a criação de cargos e para a elaboração de um concurso público demandam um criterioso planejamento devendo ser percorridas várias etapas, o que poderia ocasionar uma descontinuidade na prestação dos serviços públicos, fato que tem potencial de causar danos irreparáveis, principalmente nas áreas de educação, saúde e assistência.

Ante o exposto, não é possível se afirmar que não havia necessidade temporária de excepcional interesse público de contratação de pessoal no momento da criação das mencionadas leis.

Desta forma, dirijo do Ministério Público de Contas, deixando de acolher a preliminar para negar exequibilidade às leis Municipais 1.079/2013, 1.080/2013 e 1.073/2013.

2.2.9 Contratação de servidores temporários sem demonstração da real necessidade temporária de excepcional interesse público (item 2.9 da ITC 1018/2014).

[...] Em relação ao mérito, em que pese a irregularidade exposta, há de se considerar as circunstâncias e os elementos fáticos do caso concreto.

Conforme previsto no art. 22 da LINDB, nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Analisando os fatos, verifica-se que a Responsável assumiu o cargo de Prefeita Municipal em 2013, após período de intervenção estadual ocorrido em 2012, sendo que, conforme relatado na ITI, o município não realizava concurso desde 2008.



Dessa forma, essas circunstâncias limitaram a margem de atuação da Responsável, tendo em vista que ao assumir não havia concurso vigente e nem vagas suficientes para serem preenchidas, conforme pode-se notar na tabela abaixo, elaborada pela equipe de auditoria:

Tabela V: Comparativo entre o quantitativo de cargos efetivos ocupados e vagos e o quantitativo de contratações temporárias.

Cargo	Quantitativo de cargos criados ¹	Cargos efetivos ocupados ²	Cargos vagos	Temporários com contrato em vigor em fev/14 ⁴
Professor MaMPB	76	70	6	50
Assistente Social	5	4	1	9
Psicólogo	4	3	1	4
Pedagogo ²	0	0	0	1

LEGENDA:

¹ Lei Municipal 1.039/2012

² Não há cargos criados de pedagogo.

³ Conforme Portal Transparência Ref. Fev/2014

⁴ Conforme Portal Transparência Ref. Fev/2014 e Relação dos Temporários contratados entre 2012 e 2014 (DOC. 14)

Assim, a estruturação para a criação de cargos e a elaboração de um concurso público demandam um criterioso planejamento devendo ser percorridas várias etapas, o que poderia ocasionar uma descontinuidade na prestação dos serviços públicos, o que tem potencial de causar danos irreparáveis, principalmente nas áreas de educação, saúde e assistência.

Dessa forma, de forma divergente da área técnica e do *Parquet* de Contas, entende-se pelo afastamento da irregularidade, e conseqüentemente da responsabilização da Sra. Amanda Quinta Rangel.

Apesar do posicionamento exposto no v. Acórdão, necessário ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3210/PR, ADI 2987/SC e ADI 890/DF consubstanciou entendimento no sentido de não se tratar da hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal a admissão de servidores para funções burocráticas, ordinárias e permanentes, devendo, para haver a contratação temporária, serem atendidas as seguintes condições: previsão em lei dos casos, tempo determinado e necessidade temporária de interesse público excepcional.

É de fácil percepção, portanto, que as contratações efetivadas, ora em exame, não encontram guarida na exceção constante no inciso IX do art. 37 da Lei Magna.

Assim, as contratações previstas nas Leis Municipais n. 1.073/2013, 1.079/2013 e 1.080/2013 são irregulares em razão da indeterminação do prazo para contratação (somente a Lei n. 1.073/2013) e por não evidenciar a necessidade temporária de interesse público excepcional.

Portanto, **deve-se negar a exequibilidade aos arts. 1º das Leis Municipais ns. 1.073/2013, 1.079/2013 e 1.080/2013, uma vez que os dispositivos afrontam o preceito insculpido no art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal.**

Giro outro, observa-se que o fato da responsável assumir a Prefeitura em 2013, após período de intervenção estadual ocorrido em 2012, não lhe dá o direito de inobservar os mandamentos constitucionais, consoante exposição disposta na ITC 01542/2017-7:



A Defesa não traz elementos que comprovem configurar situação imprevisível nas contratações analisadas e, portanto, não se tratar de uma situação compatível com a excepcionalidade imposta pelo texto constitucional (art. 37, art. IX e Lei 8.745/1993).

O fato do art. 1º da Lei 1.080/2013 (e também da Lei 1.079/2013) fazerem referência genérica acerca do TAC firmado com o MPE-ES (as Leis 1.072/2013 e 1.073/2013 não trazem tal referência) não supre a necessidade de motivar e justificar adequadamente a situação que deu causa à necessidade de contratação temporária, mesmo porque a intervenção estadual no município não interrompeu as atividades administrativas ou a prestação dos serviços públicos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu em Recurso Extraordinário (RE 658026), admitindo a repercussão geral à decisão, pela inconstitucionalidade de lei municipal genérica, sem especificar a situação de excepcionalidade que justificasse as contratações temporárias, sem especificar a duração dos contratos, estando em desacordo com o artigo 37 da CF (no mesmo sentido foram julgados os Recursos Extraordinários 556311 e 527109):

[...] No caso, as leis municipais (Lei 1073/2013, servidores temporários da Educação, a Lei 1079/2013, servidores temporários da Saúde, a Lei 1080/2013 servidores temporários da Assistência Social e a Lei 1072/2013, lei autorizativa genérica da contratação dos servidores temporários) que autorizaram a contratação de servidores em caráter temporário contrariam a norma constitucional e infraconstitucional.

A motivação constitui a garantia de legalidade da despesa pública, pois permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. Motivar significa apresentar e explicar, de maneira clara e congruente, os elementos que ensejaram o convencimento dos cidadãos, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados. A motivação, embora possa ser sucinta, deve demonstrar - de maneira cabal - o iter percorrido pelo administrador para chegar à prática do ato. A motivação é elemento essencial para o controle do ato administrativo, sobretudo para o controle social.

Os motivos devem ser expostos de maneira concreta, precisa e clara, não sendo suficiente uma vaga referência: “expressões genéricas como melhor serviço, altos fins, interesse do povo, conveniência geral não servem para motivar o ato, configurando mera logomaquia” (Cretella Junior. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed. p. 277. Rio: Forense, 2001.)

Pelo princípio da motivação e do interesse público (no caso, necessidade temporária de excepcional interesse público), a Administração Pública deve indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, elementos ausentes da justificativa dada pela prefeitura de Presidente Kenedy para a contratação temporária de servidores.

[...] Logo, por não ter demonstrado a “real necessidade excepcional de interesse público” e por não ter motivado adequadamente as contratações contestadas pela equipe técnica, não cabe razão à Defesa.

Destarte, mesmo considerados os obstáculos e as dificuldades reais da gestora, na forma do art. 22 da LINDB, inexistente qualquer justificativa para a ausência de demonstração da necessidade excepcional de interesse público nas contratações temporárias realizadas, **de modo que deve persistir a irregularidade.**



Ainda, convém mencionar que traz o v. Acórdão tabela que não se refere ao apontamento aqui discutido, sim ao item 2.2.10 que restou mantido na v. decisão.

III.8 – DO PAGAMENTO DE SALÁRIOS DE SERVIDORES DA ASSISTÊNCIA SOCIAL COM RECURSOS DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO

A supressão do item 2.2.11 (Pagamento de salários de servidores da assistência social com recursos dos royalties do petróleo) do v. Acórdão derivou do fato de que os valores dos royalties do petróleo foram empregados para pagamento de salários de servidores temporários, portanto, em consonância com a Lei Federal n. 7.990/1989.

Na análise da questão, verifica-se que a Lei Federal 7990/1989 que, em seu artigo 8º veda, especificamente, a aplicação dos recursos de royalties em pagamentos de dívida e no quadro permanente de pessoal (redação dada pela Lei 8001/1990).

O TCU tem conferido maior liberdade aos administradores na utilização dos recursos dos royalties para que sejam utilizados para a persecução do interesse público, independente da área em que serão aplicados, conforme verifica-se na Decisão Plenária 176/2000:

“esclarecer ao Sr. Prefeito Municipal de Quissamã/RJ que inexistente óbice legal à utilização dos recursos dos royalties no custeio de programas sociais de renda mínima, desde que os recursos destinados a tal finalidade sejam repassados exclusivamente aos assistidos por esses programas e que não sejam utilizados para o pagamento de despesas com pessoal do quadro permanente da Administração Pública Municipal;”

Este Tribunal ao emitir parecer consulta também foi específico quanto à impossibilidade de utilização dos recursos de royalties apenas para pagamento de pessoal do quadro permanente, nos seguintes termos:

2 – Quanto ao questionamento da consulente, mantém-se o entendimento pela impossibilidade de utilização dos recursos oriundos dos royalties do petróleo para pagamento de pessoal permanente, exceto quando o custeio for relativo a despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino, especialmente na educação básica pública em tempo integral, inclusive as relativas a pagamento de salários e outras verbas de natureza remuneratória a profissionais do magistério em efetivo exercício na rede pública (art. 5º da Lei Federal nº 12.858/2013). (Parecer/Consulta TC-3/2017).

Destaca-se ainda recente Acórdão deste Tribunal entendendo que não é irregular o pagamento com recursos de royalties de serviços, mesmo quando estes forem substitutivos dos executados por servidores do quadro permanente, conforme pode-se observar no trecho do voto exarado pela Conselheira Substituta Marcia Jaccoud Freitas, que originou o Acórdão TC 868/2017 – Primeira Câmara:

“Com relação às razões técnicas para manutenção da irregularidade, fundadas no fato de se considerar que os serviços contratados são substitutivos daqueles executados por servidores efetivos do quadro permanente, entendo que, ainda que assim fosse, não se justificaria a manutenção da presente irregularidade, pois, como restou comprovado nestes autos, trata-se de contratação, via processo licitatório, de profissional liberal da área de engenharia.

Em assim sendo, considerando que não se trata de pagamento de pessoal do quadro permanente, o que é especificamente vedado pela lei em referência, entendo que não cabe, no caso, também, a determinação sugerida pelo douto representante do Parquet de Contas, no sentido de que os recursos despendidos com o referido contrato sejam retornados à conta específica dos royalties.”



Ante o exposto, de forma contrária à área técnica e ao *Parquet* de Contas, entendendo pelo afastamento da presente irregularidade e da Responsabilização da Sra. Amanda Quinta Rangel – Prefeita Municipal.

Observa-se que o art. 8º da Lei Federal n. 7.990/1989 dispõe que “o pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal”.

Assim, vedado está o emprego dos recursos dos royalties do petróleo no quadro permanente de pessoal.

No mesmo sentido, cita-se a ementa do Parecer/Consulta TC-003/2017 – Plenário, desta Corte de Contas:

1) TORNAR SEM EFEITO O PARECER EM CONSULTA Nº 005/2016 – 2) IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO PARA PAGAMENTO DE PESSOAL PERMANENTE, EXCETO QUANDO O CUSTEIO FOR RELATIVO A DESPESAS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO, ESPECIALMENTE NA EDUCAÇÃO BÁSICA PÚBLICA EM TEMPO INTEGRAL, INCLUSIVE AS RELATIVAS A PAGAMENTO DE SALÁRIOS E OUTRAS VERBAS DE NATUREZA REMUNERATÓRIA A PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO EM EFETIVO EXERCÍCIO NA REDE PÚBLICA (ART. 5º DA LEI FEDERAL 12.858/2013).

No caso vertente, observa-se que as contratações temporárias de servidores da assistência social, devidamente debatidas no tópico III.7, para realização de atividades permanentes e contínuas não se revelaram de excepcional interesse público, de modo a restar configurado tratar de despesas relativas ao quadro permanente de pessoal.

Nestes termos, indispensável rememorar a exposição disposta na ITC 01542/2017-7:

Tem-se, portanto, situação em que os servidores temporariamente contratados desempenham funções de servidores efetivos por anos consecutivos, prática que a equipe técnica denominou transfigurar “o caráter de necessidade temporária” destas contratações, contrariando normas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, por duas razões não cabe acolher as alegações da Defesa: a) os servidores temporários foram contratados para realizarem atividades permanentes; b) em razão da continuidade das contratações temporárias, a “necessidade temporária” que justificou a contratação transfigurou-se em permanente.

Assim, conclui-se que as atividades e as contratações possuíam caráter permanente, embora as leis municipais relativas às contratações declarem tratar-se de “temporárias”.



A equipe técnica demonstra não haver previsão legal para que os pagamentos de tais servidores “temporários” possam ser realizados com recursos de royalties de petróleo, em razão do arts. 8º, caput, e §1º, II, da Lei 7990/89, que veda o pagamento de pessoal permanente com receitas de royalties (caput) e não abre exceção para profissionais de assistência social, apenas ao magistério (§1º, II).

Portanto, houve a efetiva aplicação dos recursos no quadro permanente de pessoal, na medida em que a perpetuação dos vínculos precários, de natureza ordinária, permanente e contínua, importando no desvirtuamento da regra do concurso público, acabam por tornar contratações de caráter permanente.

Ademais, pensar ao contrário seria legalizar a consequência de uma situação irregular.

Ou seja, se reconhecida que a contratação temporária não atende aos requisitos constitucionais, revelando-se burla ao concurso público, obviamente deve-se reconhecer, também, que as despesas advindas da irregular contratação temporária fazem referência àquelas que seriam, se fossem cumpridas as normas legais, do quadro permanente de pessoal.

Ainda, deve-se ressaltar que o Acórdão TC-868/2017 – Primeira Câmara, mencionado no v. Acórdão, acolheu a regularidade da despesa porque se tratou de contratação, via procedimento licitatório, de profissional liberal da área de engenharia, situação distinta da aqui narrada.

Destarte, inexistente qualquer fundamento legal para afastar a ilegalidade, já que devidamente comprovada a irregularidade atinente às contratações temporárias e ao emprego de recursos dos royalties do petróleo, **devendo o apontamento permanecer, de forma que deverá o Município proceder a devolução dos recursos à conta específica dos royalties, devidamente atualizado monetariamente e com incidência de juros moratórios.**

Em suma, resta evidenciado o *error in iudicando* no v. Acórdão objurgado, o qual, por questão de justiça e equidade, deve ser sanado nesta oportunidade recursal.

IV – DO PEDIDO

Ante o exposto, o **Ministério Público de Contas** requer seja o presente pedido de reexame recebido, conhecido e provido para **reformular o v. Acórdão TC-01104/2019-9 – Primeira Câmara** para:

1 – Preliminarmente, na forma dos arts. 176 e 177 da LC n. 621/2012 c/c art. 332, 333 e 335, parágrafo único, do RITCEES, seja negada a exequibilidade dos arts. 1º das Leis Municipais n. 1.073/2013, 1.079/2013 e 1.080/2013, em razão de evidente afronta ao art. 37, incisos II e IX, da CF/1988; e

2 – Quanto ao mérito:

2.1 – pela conversão do feito em tomada de contas especial, nos termos do arts. 57, inciso IV, e 115 da LC n. 621/12;



2.2 – sejam as contas de **AMANDA QUINTA RANGEL, MIGUEL ÂNGELO LIMA QUALHANO e VIXTREL CONSTRUÇÕES E MONTAGEM LTDA** julgadas **IRREGULARES**, com fulcro no art. 84, inciso III, alíneas “c”, “d” e “e”, da LC n. 621/2012, condenando-lhes, em solidariedade, a **ressarcir ao erário municipal** o montante equivalente a **48.808,57 VRTE**, à **multa pecuniária e multa proporcional ao dano**, nos termos dos arts. 87, inciso V, e 134 e 135, inciso I, II e III do indigitado estatuto legal, em razão da prática de grave infração à norma legal e dano injustificado ao erário, consoante item 2.2.2 do v. Acórdão;

2.3 – com espeque no art. 135, incisos II, da LC n. 621/2012 c/c 389, II, do RITCEES, seja cominada, além das sanções já dispostas no v. Acórdão, **multa pecuniária** a AMANDA QUINTA RANGEL em razão da prática das irregularidades descritas nos **itens 2.2.1, 2.2.3, 2.2.5, 2.2.7, 2.2.9 e 2.2.11²**; a PAULA VIVIANY DE AGUIAR FAZOLO **itens 2.2.1 e 2.2.4³**; a SELMA HENRIQUES DE SOUZA - **itens 2.2.1, 2.2.5 e 2.2.7⁴**; a FRANCISCO CARLOS VIANA DOS SANTOS - **item 2.2.1⁵**; a MIGUEL ÂNGELO LIMA QUALHANO – **2.2.3⁶**; a SIMEY TRISTÃO DE SOUSA - **itens 2.2.1 e 2.2.3⁷**; todos do V. Acórdão;

2.4 – seja infligida, com reserva de plenário, em razão da gravidade das infrações praticadas, com fulcro no art. 139 da LC n. 621/12, a **AMANDA QUINTA RANGEL** a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança **pelo prazo de cinco anos**;

2.5 – nos termos do art. 87, inciso VI, da LC n. 621/12 sejam expedida a determinação proposta pela Unidade Técnica às fls. 2966 da ITC (alínea “b”).

Nestes termos,
Pede deferimento.

Vitória, 12 de dezembro de 2019.

LUCIANO VIEIRA
PROCURADOR DE CONTAS

² Itens 2.2.1 - Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em edital de licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo; 2.2.3 – Opção pela despesa com locação de veículos sem prévio estudo da viabilidade econômico-financeira da locação em relação à aquisição dos bens ou outra forma de contratação disponível no mercado; 2.2.5 - Estabelecimento de exigência de garantia contratual sem necessidade, causando restrição ao caráter competitivo da licitação; 2.2.7 - Estabelecimento de critério desprovido de razoabilidade para consideração da inexecutabilidade da proposta em edital de licitação, acarretando na desclassificação da proposta mais vantajosa para a administração; 2.2.9 - Contratação de servidores temporários sem demonstração da real necessidade temporária de excepcional interesse público e 2.2.11 - Pagamento de salários de servidores da assistência social com recursos dos royalties do petróleo.

³ Itens 2.2.1 - Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em edital de licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo e 2.2.4 - Estabelecimento de exigência indevida para qualificação técnica do licitante em certame, causando restrição ao seu caráter competitivo.

⁴ Itens 2.2.1 - Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em edital de licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo; 2.2.5 - Estabelecimento de exigência de garantia contratual sem necessidade, causando restrição ao caráter competitivo da licitação e 2.2.7 Estabelecimento de critério desprovido de razoabilidade para consideração da inexecutabilidade da proposta em edital de licitação, acarretando na desclassificação da proposta mais vantajosa para a administração.

⁵ Item 2.2.1 - Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em edital de licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo.

⁶ Item 2.2.3 - Opção pela despesa com a locação de veículos sem prévio estudo da viabilidade econômico-financeira da locação em relação à aquisição dos bens ou outra forma de contratação disponível no mercado.

⁷ Itens 2.2.1 - Estabelecimento de exigência excessiva e não razoável em edital de licitação, causando restrição ao seu caráter competitivo e 2.2.3 - Opção pela despesa com a locação de veículos sem prévio estudo da viabilidade econômico-financeira da locação em relação à aquisição dos bens ou outra forma de contratação disponível no mercado.