

ACÓRDÃO 01508/2019-1 – PLENÁRIO

Processos: 12603/2015-1, 03177/2009-6
Classificação: Pedido de Reexame
UGs: PMSGP - Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha, UG-1845 - Ministério Público Especial de Contas
Relator: Domingos Augusto Taufner
Recorrente: MINISTERIO PUBLICO ESPECIAL DE CONTAS
Interessado: RAQUEL FERREIRA MAGESTE LESSA, TIAGO GUIMARAES TEIXEIRA, HENRIQUE MAURI, MARIA DE FATIMA VENTURA, SERGIO FABIANO DE SOUZA DIAS, ERLITON DE MELLO BRAZ, DULCINEIA DA PENHA LOVO CARDOSO, EDVALDO SOARES SILVA, ANTONIO CLOVIS DE NADAI

PEDIDO DE REEXAME EM FACE DO ACÓRDÃO TC-865/2015 – CONHECER – PROVIMENTO PARCIAL – REFORMULAR ACÓRDÃO – ADMITIR *REFORMATIO IN MELLIUS* – REFORMAR ITENS 7, 8 e 2.2.13 DO ACÓRDÃO – ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Tratam os autos de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas em face do Acórdão TC 865/2015, prolatado nos autos do Processo TC-3177/2009, relativo a Auditoria Ordinária realizada na Prefeitura Municipal de São Gabriel da Palha, referente ao exercício de 2008, de responsabilidade da Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa, então Prefeita Municipal, apresentando-se, ainda, como agentes responsáveis os Secretários Municipais, Srs. Antônio Clovis de Nadai e Henrique Mauri, bem como os Pregoeiros, Srs. Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz, e os respectivos membros de CPL, Srs. Edvaldo Soares Silva, Maria de

Fátima Ventura e Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso. Restou decidido que:

Vistos, relatados e discutidos nos autos do Processo TC-3177/2009, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e quatro de junho de dois mil e quinze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva:

1. Acolher as razões de justificativas apresentadas pelos Srs. Raquel Ferreira Mageste Lessa, Prefeita Municipal de São Gabriel da Palha no exercício de 2008, Antônio Clovis De Nadai e Henrique Mauri, Secretários Municipais, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho e Edvaldo Soares Silva, Membros da Comissão Permanente de Licitação - CPL, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz, Pregoeiros Oficiais, em vista das irregularidades dispostas desta decisão, quais sejam:

1.1. Ausência de Orçamentos Prévios;

1.2. Cobrança abusiva por cópia de Edital;

1.3. Admissão em edital de cláusula limitadora da competitividade e impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato;

1.3.1. Menção à marcas e modelos nos instrumentos editalícios - tomada de preços nº 08/2008 e convite nº 25/08;

1.3.2. Exigência e atribuição de pontuação para licitante proprietária dos sistemas licitados – convite nº 07/2008;

1.3.3. Pontuação diferenciada para licitantes certificadas isso 9001: 2000;

1.3.4. Exigência de atestado de capacidade técnica registrado na entidade profissional e de registros técnicos nos órgãos competentes – convite 07/2008.

1.4. Ausência de repetição do certame;

1.5. Contratação direta por dispensa injustificada;

1.6. Falta de planejamento, com realização de diversos certames com objetos similares;

1.7. Certidão de regularidade vencida na data do pagamento;

1.8. Ausência de demonstração dos requisitos legais para contratação por inexigibilidade;

1.9. Ausência de liquidação: falta de atesto da execução do serviço na nota fiscal;

1.10. Ausência de requisitos legais para a dispensa de licitação;

1.11. Aquisição de imóveis sem prévio parecer de comissão de avaliação e sem anotação de responsabilidade técnica;

1.12. Ausência de Lei caracterizando situações de emergência e de excepcional interesse público nas contratações temporárias;

1.13. Contribuições previdenciárias recolhidas em atraso e sem correção dos valores, e pagamento de multas e juros;

1.14. Pagamento de diárias com suprimento de fundos.

2. Rejeitar as razões de justificativas relativas ao item 7 (Controle Patrimonial Inadequado), **sem o ressarcimento respectivo**, e ao item 8 (Ausência de procedimento Licitatório) ambos do voto, em face das razões expendidas, mitigando-se seus efeitos, em não tendo sido considerados como atos que importem grave infração à norma legal ou regulamentar.

3. Recomendar ao atual Prefeito Municipal de São Gabriel da Palha que:

3.1. Relativamente ao item 10 do voto, passe a inserir nos autos do processo administrativo referente a dispensa ou inexigibilidade de licitação, quando se tratar de fornecedor exclusivo, além da justificativa do preço e da escolha do fornecedor, documento que comprove a sua condição de fornecedor exclusivo, mesmo que tal fato seja de conhecimento público e notório;

3.2. Relativamente ao item 11 do voto, passe a inserir nas notas fiscais o carimbo datado e assinado pelo responsável por atestar a prestação dos serviços ou o recebimento do material, além dos relatórios circunstanciados dos serviços prestados aprovados pelo Secretário da pasta correspondente;

3.3. Observe, nos casos de dispensa de licitação para aquisição de bens ou serviços remanescentes de licitação deserta, as formalidades do artigo 26 da Lei nº 8666/93.

4. Determinar ao atual Prefeito de São Gabriel da Palha, que adote providências quanto ao atual procedimento de pagamento de **diárias**, a ser regulamentado por Lei, sugerindo-se a emissão de empenho estimativo da despesa para cada Secretaria ou Órgão, para pagamento quando necessário, por se tratar de despesa passível de realização por meio de processo regular.

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

Insurge-se o Recorrente contra o afastamento, pela decisão ora contrastada, de uma série de irregularidades apontadas pela equipe de auditoria, constantes dos **itens 1, 2, 3 (e seus subitens), 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 do Voto condutor**, pleiteando, ainda, a **conversão do feito em Tomada de Contas Especial**, em razão do **ressarcimento da importância de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais)**, relativo à irregularidade descrita no **item 1.18 da ITC 4178/2013** (item 4 do Voto).

Apreciando o feito, determinou o Conselheiro Relator, em atenção aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, a notificação dos Srs. Raquel Ferreira Mageste Lessa, Henrique Mauri, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira, Dulcineia da Penha Lovo Cardoso, Edvaldo Soares Silva, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Erliton de Mello Braz e Antônio Clovis De Nadai para o oferecimento de contrarrazões, nos termos da Decisão Monocrática Preliminar 1975/2015, efetivada conforme Termos de Notificação 3045/2015, 3046/2015, 3047/2015, 3248/2015, 3048/2015, 3049/2015, 3050/2015, 3051/2015 e 3052/2015 (fls. 73/80 e 90).

Após a ciência, foram apresentadas a esta Corte as contrarrazões de fls. 98/128, pelos Srs. Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira, Dulcineia da Penha Lovo Cardoso, Edvaldo Soares Silva, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Erliton de Mello Braz e Antônio Clovis De Nadai, bem como de fls. 130/138, pelo Sr. Henrique Mauri, e de fls. 144/222, pela Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa.

Os autos foram encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas – NRC, que conclusivamente entendeu:

Ante o exposto, opinamos pelo CONHECIMENTO do presente Pedido de Reexame e, no mérito, pelo seu PROVIMENTO PARCIAL, com a conseqüente reforma do Acórdão TC-865/2015 – Primeira Câmara, nos termos apontados pelo Recorrente quanto aos itens de 1, 2, 3 (subitens 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4), 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 14, 15 e 16 do referido decisum, devendo ser julgadas

IRREGULARES as contas dos responsáveis, convertendo-se o feito em Tomada de Contas Especial, em razão da imputação do débito de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), relativo ao item 4 do Acórdão TC-865/2015 – Primeira Câmara.

Posteriormente, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas, que por meio de parecer da lavra do Dr. Luciano Vieira, reiterou os termos da Instrução Técnica de Recurso.

Nesse sentido, os autos retornaram a este Gabinete para prosseguimento do feito.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

De início, observando os pressupostos recursais, averiguo que a parte é capaz, possui legitimidade e interesse jurídico. Quanto ao cabimento, constato que o instrumento recursal é adequado, nos termos do artigo 166¹ da Lei Complementar nº 621/2012. Por fim, no que concerne ao cumprimento do prazo recursal, verifica-se que a entrega dos autos com vista pessoal ao Ministério Público de Contas se deu em 12/08/2015, consoante informação prestada pela Secretaria Geral das Sessões (fl. 68).

Considerando que, nos termos do artigo 157 c/c o artigo 166, § 3º, bem como o artigo 164, caput, da LC 621/2012, o Ilustre Parquet possui prazo em dobro, a interposição do presente recurso de reconsideração em 08/10/2015 (fls. 66) o torna tempestivo. Dessa forma, **conheço o presente recurso**, por preencher os requisitos de admissibilidade.

MÉRITO

Para uma melhor compreensão, passarei a utilizar a mesma numeração exposta no Acórdão recorrido.

1 – Ausência de orçamentos prévios – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa – Prefeita, Antônio Clovis De Nadai – Secretário Municipal/Membro da CPL,

¹ Art. 166. Cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta.

Henrique Mauri – Secretário Municipal/Membro da CPL, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso – Membro da CPL, Maria de Fátima Ventura Coutinho – Membro da CPL, Edvaldo Soares Silva – Membro da CPL, Sérgio Fabiano de Souza Dias – Membro da CPL, Tiago Guimarães Teixeira – Membro da CPL, Erliton de Mello Braz – Membro da CPL.

Aduz o Recorrente que o inciso IV, do artigo 43, da Lei 8666/93 torna indispensável a apresentação dos orçamentos prévios, a fim de permitir a verificação, tanto pelos membros da Comissão Permanente de Licitação – CPL, quanto pela autoridade superior, da conformidade das propostas com os preços praticados no mercado, a partir da adoção de critérios aceitáveis, colacionando, ainda, jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, (AC-3516-40/07-1), no qual restou assentado:

[...]. Determina, ainda, o art. 43, inciso IV, dessa lei, que os preços da proposta vencedora deverão estar de acordo com aqueles praticados pelo mercado. Desse modo, antes da realização de qualquer procedimento licitatório o administrador deverá realizar pesquisa de preço no âmbito da administração pública, direta e indireta, e também junto a fornecedores do bem objeto da licitação, com a finalidade de elaborar orçamento, o qual será utilizado para se definir a modalidade de licitação, bem como proceder à necessária adequação orçamentária da despesa, consoante dispõem os arts. 14 e 15, inciso V, da Lei nº 8.666/93. Além disso, aludido orçamento constitui instrumento essencial e obrigatório para que a comissão permanente de licitação, pregoeiro e a autoridade superior que homologa o procedimento licitatório, nos termos do art. 43 dessa lei, verifiquem a pertinência dos preços contratados com aqueles praticados pelo mercado.

Os recorridos alegaram que as cotações de preço de mercado foram feitas, a despeito de não constarem fisicamente nos processos administrativos, e que tal ausência não constituiria irregularidade. Nesse sentido, trouxeram apontamentos sobre os Princípios da Legalidade e do Formalismo Moderado, acrescentando, ademais, não ter havido qualquer prejuízo à Administração Municipal, numa reprodução literal de todas as considerações já lançadas ao longo da instrução processual.

A equipe técnica, na ITR 248/2018, argumenta que o orçamento prévio serve, não só para balizar o procedimento licitatório, mas também como parâmetro para a definição da modalidade adequada, bem como para a verificação da conformidade das propostas apresentadas com os preços de mercado. Além disso, refuta o argumento das defesas, de que não se trata tal exigência de excesso de formalismo, e sim, de garantia de lisura do procedimento e obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Sem razão o recorrente. Pois, consta nos processos relativos aos instrumentos convocatórios menção das estimativas de preços de mercado para os produtos e/ou serviços licitados, mas não foram anexados os orçamentos comprobatórios, contendo as informações necessárias como data da pesquisa, valor declarado e detalhamento do bem ou serviço.

Não obstante tal fato, e apesar de ser recomendável a anexação dos orçamentos, não restou comprovado qualquer prejuízo dessa omissão à Administração, de modo que deve ser tratada apenas como irregularidade formal, que não ocasionou qualquer tipo de lesão aos princípios que norteiam a Licitação, mormente os da seleção da proposta mais vantajosa, da competitividade e da isonomia, motivo pelo qual **divirjo do entendimento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

2 – Cobrança abusiva por cópia do edital – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antônio Clovis de Nadai, Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Lovo Cardozo, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

Argumenta o recorrente que a inexistência de qualquer parâmetro para o cálculo do custo dos editais conduziu à estipulação de valores excessivos e diferenciados para o fornecimento dos referidos instrumentos convocatórios, prejudicando a competitividade do certame.

Já os recorridos alegam que não houve a demonstração do “cálculo matemático e estatístico relacionado ao valor da mão de obra e do material (tonner e papel) de forma a demonstrar que o valor exigido pelo edital feriu o texto do parágrafo 5º do art. 32 da Lei 8.666/93”. Afirmam, ainda, que os valores cobrados para o fornecimento dos editais não constituíram empecilho à participação das empresas interessadas nos certames, uma vez que na Tomada de Preços nº 10/2008, com o valor do edital de R\$ 50,00, as quatro empresas que o adquiriram vieram a participar da licitação, ressaltando, que não houve qualquer impugnação nesse sentido junto à Administração Municipal. Ao final, destacou a insignificância do valor do edital diante das importâncias envolvidas nos diversos procedimentos licitatórios, concluindo com a invocação do formalismo moderado na análise da matéria.

Pois bem. Consoante o §5º do art. 32 da Lei 8.666/1993:

Art. 32

[...]

§5º Não se exigirá, para a habilitação de que trata este artigo, prévio recolhimento de taxas ou emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, quando solicitado, com os seus elementos constitutivos, **limitados ao valor do custo efetivo** de reprodução gráfica da documentação fornecida.

Conforme informado no Acórdão recorrido, a Administração possui um contrato de locação de máquinas copiadoras, no valor de R\$ 1.200,00/mês, com franquia de 1.500 cópias/mês, sendo acrescido R\$ 0,08 por cópia excedente.

Considerando que a lei não estipula valores e que cabe à Administração, com base em seus próprios custos estabelecê-los, foi cobrado o valor que o município entendeu como razoável para cobrir os custos com as impressões. Além de que as quatro empresas que adquiriram o edital vieram a participar da licitação, bem como resta o fato de que não houve qualquer impugnação nesse sentido junto à Administração Municipal, motivo pelo qual **divirjo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

3 – Admissão, em edital, de cláusula limitadora da competitividade e impertinente ou irrelevante para o objeto do contrato – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antônio Clovis De Nadai, Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha, Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio, Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

Este item foi subdividido em subitens, os quais serão analisados individualmente:

3.1 – Menção a marcas e modelos nos instrumentos editalícios.

O Ministério Público recorre sustentando que, conforme apurado em auditoria, houve referência a marcas e modelos de equipamentos na Tomada de Preços nº. 08/2008 e no Convite nº. 25/2008, caracterizando restrição à competitividade.

Tomada de Preços 08/2008, o item 48 do edital menciona “Tiras- teste para glicose no sangue – Optium – MediSense cx com 100 tiras”.

Convite 25/2008: foram encontradas as seguintes especificações:

- No item 01 do anexo I consta a especificação do modelo do Notebook. (“5920-6864” é um modelo do fabricante ACER);

- No item 04 do anexo IV consta o fabricante e modelo da Placa Mãe (gigabyte GA-VM900M); e
- No item 7 do anexo IV consta o modelo da Impressora (LaserJetp 2015).

Acrescentou que *“poderia até ser promovida a aquisição de tiras de testes para glicose no sangue com indicação de marca, se no procedimento licitatório estivesse demonstrada tecnicamente a necessidade da aquisição, o que não ocorreu”*. E prossegue afirmando não constar dos autos qualquer justificativa para a aquisição de produtos de uma marca específica. Já em relação aos equipamentos de informática, aduziu que a irregularidade atinente à especificação de marcas e modelos no instrumento convocatório foi, inclusive, objeto de impugnação por empresa licitante, conforme Ata 54/2008, tendo sido desconsiderada pela Comissão de Licitação.

Os recorridos contra razoaram, alegando a ausência de condições que pudessem elidir o princípio da competitividade e igualdade entre os licitantes, na forma do § 1º, art. 3º e do § 1º, art. 44, ambos da Lei nº 8.666/1993, tanto que não houve impugnação ao edital ou mesmo representação junto ao TCEES, Ministério Público ou Poder Judiciário.

Quanto ao item 48 do Anexo II do Edital de Tomada de preços nº 8/2008 (tiras-teste para glicose), alega que a Secretaria Municipal de Saúde possuía 50 (cinquenta) aparelhos de Glicosímetro (kit completo) e, conseqüentemente, necessário fazia a aquisição específica de tiras-teste para glicose no sangue da marca “Optium-MediSense” para serem utilizados nos equipamentos, pois o produto da outra marca não poderia ser usado nos equipamentos.

Afirma também que embora indicada a marca do produto em razão das circunstâncias existentes, houve plena competição no certame, não havendo qualquer prejuízo ao erário.

Quanto ao Item 01 do Anexo I (Notebook 5920-6864), item 04 do Anexo IV (Placa Mãe) e Item 07 do Anexo IV (Impressora) do edital do Convite nº 25/2008, alega que na data da licitação a Prefeitura Municipal ainda não possuía em seu quadro de pessoal um profissional da área de informática para analisar e definir as características dos equipamentos a serem adquiridos. A nomeação do **técnico de informática** ocorreu em 13/06/2008 e a posse em 18/06/2008.

Segundo a Equipe Técnica de Recurso, quanto à Tomada de Preços 08/2008 para aquisição de tiras-teste para glicose, na qual houve a especificação da marca Optium-MediSense, a alegação de que a Prefeitura Municipal já possuía 50 aparelhos glicosímetros da mesma marca e, portanto, não seria possível a utilização de tiras de outro fabricante, teria sido acolhida já na ITC 4178/2013, caso os responsáveis tivessem comprovado suas alegações, a partir, por exemplo, da apresentação da nota fiscal relativa à compra de tais equipamentos. Todavia, tal qual naquele momento, também por ocasião do presente recurso não trouxeram os Recorridos nenhuma prova da propriedade dos ditos glicosímetros, a justificar o afastamento desta irregularidade.

No que concerne ao Convite 25/2008, a área técnica reproduz os termos da ITC 4178/2013, no sentido de que em algumas situações, pode ser admitida a indicação de marca na descrição do objeto da licitação, o que deve estar devidamente justificado nos autos.

O acórdão recorrido se fundamentou no sentido de que *“para um leigo em matéria de informática, não seria possível detectar que a especificação dos equipamentos a serem adquiridos direcionava para uma determinada marca e/ou fabricante, não havendo explicitamente a indicação da marca desejada pela autoridade ou servidor solicitante das aquisições, e, o que a lei veda é a indicação da marca, exigindo, por outro lado, a especificação completa do bem a ser adquirido”*.

Já em relação à aquisição dos glicosímetros, sua comprovação mediante nota fiscal, não se mostra tão relevante, pois, caso não existissem os glicosímetros, não seriam necessárias as aquisições das Tiras-teste de glicose, pois um equipamento depende do outro para funcionamento, o que nos leva a crer que os referidos equipamentos já existiam, além do que se as aquisições indicassem a marca do kit completo, poderíamos estar diante de uma irregularidade.

No tocante aos produtos de informáticas, transcrevo a fundamentação contida no Acórdão:

Verifico do relato técnico que não fora exigida a marca do notebook a ser adquirido, mas as especificações: “modelo 5920-6864, Gigabyte GA-

VM9000M”, bem como o modelo da impressora “LaserJetp 2015”, o que levou a equipe técnica a deduzir que se trata do fabricante e da marca ACER.

A Lei nº 8666/93, em seu artigo 15, inciso I, e § 7º, inciso I, prevê:

Artigo 15- As compras, sempre que possível, deverão:

I - Atender ao princípio da padronização que imponha COMPATIBILIDADE DE ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS E DE DESEMPENHO.

§ 7º Nas compras deverão ser observados, ainda:

I - **A especificação completa** do bem a ser adquirido **sem indicação de marca; - grifei e negrite**

Diante de todo o exposto, considerando que a administração agiu corretamente em adquirir as tiras-testes, uma vez que já havia o glicosímetro compatível com as tiras disponíveis, e sua não aquisição seria considerada desperdício do dinheiro público. Quanto aos produtos de informática, não houve indicação de marca, ainda que esta indicação não seja vedada, mas o que houve foi uma descrição bem detalhada do objeto, motivo pelo qual **divirjo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

3.2 – Exigência e atribuição de pontuação para licitante proprietária dos sistemas licitados.

O Ministério Público de Contas alega que a auditoria apontou exigência indevida no Convite nº 07/2008, relacionada à necessidade de comprovação, pela empresa licitante, da propriedade dos sistemas a serem licitados, prevendo, além disso, pontuação distinta para os proprietários dos referidos sistemas. Informa ainda que somente a Empresa E&L Produções de Software participou na licitação, sagrando-se vencedora.

O recorrente afirma que no edital constou a mesma exigência para a qualificação técnica e pontuação técnica. Aliado a isso, questiona a desproporcionalidade da pontuação do item atinente à propriedade dos sistemas, ao argumento de que, caso o licitante não seja proprietário dos sistemas licitados, deverá ela receber pontuação máxima nos demais itens para que não ocorra sua desclassificação.

Em contrarrazões, os recorridos colacionam os mesmos argumentos trazidos ao longo da instrução processual, destacando que as jurisprudências do Tribunal de Contas da União – TCU e do Supremo Tribunal Federal – STF, sinalizam no sentido de que *“a exigência de comprovante de propriedade do sistema de informação não pode ser*

exigida como elemento desclassificatório de habilitação, sendo possível, contudo, para a formação de pontuação no requisito 'técnica', objetivando a definição da proposta vencedora".

Alegam que a exigência de propriedade permite ao Município promover a alteração, integração, correções e adequação do sistema, de forma imediata, diferentemente da empresa que explora o sistema da fabricante, que demora entre 30 (trinta) a 60 (sessenta) dias para atender às reivindicações.

Logo, afirma que a presença desse critério visava escolher a melhor prestadora do serviço, não havendo qualquer restrição à competição.

A ITR 248/2018 aduz que a exigência de comprovação de propriedade dos sistemas licitados foi inserida na qualificação técnica e, portanto, constituiu requisito para a habilitação, o que é expressamente vedado pelos §§ 5º e 6º, do artigo 30, da Lei de Licitações. Afirma que se verifica no caso concreto que não se trata de exigência indispensável, na forma da parte final do Inciso XXI do art. 37 da CRFB, na medida em que os próprios recorridos reconhecem a possibilidade de que empresa não proprietária dos sistemas pudesse prestar o serviço contratado, afirmando que a decisão da Administração Municipal em adquirir o produto da proprietária do sistema de informação teve por intuito facilitar/agilizar a alteração, integração, correções e adequação do sistema, o que também só foi alegado, não comprovado.

Pois bem. Segundo o art. 30 da Lei 8.666/1993:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - Registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - Prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no

caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: [...]

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, **vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.**

Percebe-se que os recorridos não violaram o disposto em lei. Isso porque o entendimento do TCU e do STF é no sentido de que ***“a exigência de comprovante de propriedade do sistema de informação não pode ser exigida como elemento desclassificatório de habilitação, sendo possível, contudo, para a formação de pontuação no requisito ‘técnica’, objetivando a definição da proposta vencedora”***.

Logo, uma vez que os recorridos não exigiram a propriedade dos programas na fase de habilitação, mas tão somente na pontuação técnica (aspecto classificatório), em tese não contrariaram as jurisprudências das Cortes citadas.

Ressalta-se ainda que a propriedade do sistema é um elemento vantajoso na operacionalização do sistema de informação. Assim, tal exigência se relaciona com a qualidade dos serviços a serem executados, não restringindo a competitividade do certame.

De toda sorte, importante a transcrição da argumentação utilizada pelo Relator do Processo TC 3177/2009, no qual consta o Acórdão recorrido, para afastar a irregularidade apontada:

Por outro lado, mesmo com poucos conhecimentos de TI adquiridos no curso de Graduação, me autorizam a concordar com a defesa, no tocante à operacionalização do sistema de informação adquirido do seu proprietário, no qual, **nenhuma outra pessoa poderia fazer quaisquer alterações e/ou adequações, estando em desvantagem às empresas que apenas têm direito de comercialização de sistemas pertencentes a terceiros, sem direitos de alterá-los ou adequá-los mediante as necessidades da Administração.**

(g.n.)

Diante de todo o exposto, **divirjo do entendimento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

3.3 – Pontuação diferenciada para licitantes certificadas ISO 9001:2000.

O Ministério Público, em seu recurso, alega que houve violação ao disposto no artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8666/93 no Convite nº 07/2008, pois houve a utilização de certificação ISO 9001 como critério de pontuação da proposta. Conforme estabelecido no Anexo III do referido instrumento convocatório, cada licitante poderia atingir a nota máxima de 60 pontos na avaliação da proposta técnica, sendo atribuídos 10 pontos a cada um dos 6 critérios previstos, dentre os quais, possuir a citada certificação, e nota mínima, desclassificatória, de 50 pontos.

Em consequência, afirma o recorrente, *“a empresa licitante que não possuísse a certificação ISO 9001:2000 com escopo “Elaboração, desenvolvimento, manutenção e comercialização de projetos de tecnologia da informação, comunicação, treinamento e consultoria administrativa e tecnológica” somente seria classificada se obtivesse pontuação máxima nos demais itens, denotando, de antemão, a irrazoabilidade da previsão”*.

Ressalta que *“não poderia o edital exigir a apresentação de certificação ISO 9001:2000 com redação específica na descrição do escopo do certificado”*, colacionando a decisão proferida pelo TCU, constante do Informativo de Licitações e Contratos nº 234, na qual restou assentado:

É admitida a utilização de certificação ISO 9001 como critério de pontuação de proposta, desde que vinculado tão-somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços prestados, sendo vedada a pontuação de atividades específicas.

Em contrarrazões, os recorridos alegaram que a exigência de certificação ISO 9001 no certame não constou como requisito para habilitação, mas, tão somente, como pontuação técnica, o que é admitido pela jurisprudência do TCU (Acórdão 1708/2003-Plenário e Acórdão 1292/2003-Plenário), enquanto a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa argumenta no sentido de que a jurisprudência de fato está vacilante, não podendo a recorrida ser penalizada, além do fato de que o MP trouxe aos autos

jurisprudência datada no ano de 2015, sendo os fatos do processo do ano de 2008.

No entendimento técnico recursal, o argumento de que a jurisprudência é vacilante só seria válido caso não houvesse outros elementos que se mostrassem atentatórios às normas que regem a matéria. Dessa forma, para a área técnica, ainda que se considerasse válida a previsão do certificado ISO 9001:2000 na fase de pontuação, a forma como foi estabelecido no edital consistiu em empecilho à ampla competitividade e obtenção da proposta mais vantajosa.

O Acórdão TC-865/2015 fundamentou o afastamento da presente irregularidade em razão da existência de divergência jurisprudencial no tocante a possibilidade de pontuação técnica na licitação para aquisição de sistemas de informação.

De fato, a matéria é tratada de forma vacilante pelas Cortes, e o julgado do MP de Contas é de 2015, ou seja, sete anos após o processo, o que demonstra que não houve má-fé dos agentes envolvidos. Aliás, essa falta de segurança jurídica não pode prejudicar os direitos dos gestores, sendo este o sentido das modificações perpetradas pela Lei nº 12.655/2018 na LINDB, conforme pode ser visto nos artigos 23 e 24:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Ademais, conforme já destacado no item anterior, o TCU considera válida a previsão do certificado ISO 9001:2000 na fase de pontuação, conforme Acórdão prolatado em 208. Vejamos:

Considerando que a qualidade do processo de fabricação reflete-se diretamente na qualidade do produto, o certificado ISO 9000 pode ser objeto de pontuação no julgamento das propostas técnicas, nos termos do art. 3º, inciso I, do Decreto 1.070/1994. Contudo, o peso dado à apresentação do certificado não poderá ser exagerado, distorcido, a ponto de, na prática, transformá-lo em critério de desclassificação.²

² Brasília. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 891/2008 – Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes, data da sessão: 14 de maio de 2008.

Ante as argumentações expostas, **divirjo do entendimento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

3.4 – Exigência de atestado de capacidade técnica registrada na entidade profissional e de registros técnicos nos órgãos competentes.

O recorrente sustenta a existência de cláusula restritiva à competitividade no Convite nº 7/2008, constante do item 3.3.2, letras “c” e “d”, uma vez que, tratando-se da contratação de serviços de informática, não haveria amparo legal para a comprovação de registro ou inscrição em qualquer conselho profissional, já que inexistente lei regulamentando a profissão. Em reforço ao alegado, colaciona julgados do TCU (AC-1264-30/06-P e Acórdão nº 1841/2011).

Em contrarrazões, afirmam os recorridos que de acordo com as orientações do Conselho Regional de Administração do Espírito Santo, CRA-ES, os serviços de desenvolvimento de software estão relacionados dentre os campos privativos da administração mais comumente licitados na categoria serviços terceirizados. Em consequência disso, a exigência de empresas desse ramo estarem registradas no referido Conselho decorre do princípio da legalidade, na forma do artigo 15 da Lei nº 4.769/1965. No mesmo sentido é o art. 1º da Lei nº 6.839/1980.

Afirma que em razão disso, a exigência de registro técnico em órgão competente não teve o condão de frustrar a competitividade do certame, mas sim, trazer segurança ao Município, tendo em vista a complexidade do serviço prestado e do acesso a informações sigilosas armazenadas em banco de dados da Administração. Alega também que a ausência de impugnação do edital indica a ausência de prejuízo.

Levanta a tese subsidiária que, no máximo, poderia se falar em um “erro involuntário”, bem como informa que o próprio CRA-ES indica que a Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo adota essa exigência e relata que o conselho profissional notificou o Município para exigir nos editais de licitação das empresas que exploram, sob qualquer forma, atividades de Administrador, o comprovante de inscrição no Órgão.

Em acréscimo, alega a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa que, se deixasse de exigir

tal atestado de capacidade técnica registrado na entidade de classe, correria o risco de sofrer sanções por descumprimento do disposto no Art. 30, e §1º, inciso I da Lei 8666/93. Por outro lado, exigindo, encontra-se ameaçada por descumprir entendimentos jurisprudenciais da Corte de Contas da União e Tribunais Judiciais, no entendimento o *Parquet* de Contas.

A ITR 248/2018 transcreveu o disposto na ITC 4178/2013 e concluiu que a ausência de entidade de classe específica para os profissionais de informática não autoriza a transferência desse encargo para outra entidade.

O acórdão recorrido considerou que a Administração se amparou em notificação do órgão de classe na adoção do procedimento, sendo este protegido pelo artigo 30, e § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93.

De acordo com o artigo 30, e § 1º, inciso I, da Lei nº 8666/93:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - Registro ou inscrição na entidade profissional competente;

[...]

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências

Percebe-se da leitura do dispositivo acima que os defendentes apenas visavam o cumprimento deste preceito legal, sendo, todavia, induzidos ao erro em razão da notificação do órgão de classe na adoção do procedimento.

Na verdade, nem em culpa incorreram os agentes, pois diante dos fatos narrados, não era exigível conduta diversa. Ademais, as respectivas responsabilizações só poderiam advir de dolo ou erro grosseiro, conforme o art. 28 da Lei nº 12.655/2018 na LINDB: "Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro."

De toda sorte, colacionamos julgados do próprio Conselho Federal de Administração, nos quais declaram a obrigatoriedade de que empresas que atuem no ramo da

informática estejam inscritas em seus órgãos federados. Observe:

EMENTA: EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. EMPRESA HABILITADA A ATUAR NA CONSULTORIA E GESTÃO DE PROCESSOS EM ÁREAS AFETAS À ADMINISTRAÇÃO. REGISTRO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. NECESSIDADE. O art. 130 do CPC atribuiu ao magistrado a tarefa de conduzir o processo, determinando as provas necessárias à instrução do feito. Em princípio, pois, compete ao julgador a quo decidir acerca da necessidade de produção da prova. Ainda que a empresa alegue na prática se dedicar exclusivamente à comercialização e implantação de softwares, está habilitada pelo contrato social a atuar de forma ampla em consultoria e gestão empresarial (não restrita à parte de informática), tendo inclusive oferecido tais serviços em anúncios de jornal e na web. Ora, se os oferece, presume-se que está habilitada para tanto e pretende prestá-los. Essas atividades, previstas no contrato social e ofertadas em anúncios publicitários, enquadram-se na alínea 'b', tanto do art. 2º da Lei 4769/65, como do art. 3º do Decreto nº 61.934/67. Sujeita-se a embargante, portanto, ao registro obrigatório no Conselho de Administração, porquanto potencialmente habilitada ao exercício da profissão respectiva.³

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. ATIVIDADE SUJEITA A REGISTRO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. LEGALIDADE.

1. De acordo com o Contrato Social, a sociedade tem por objeto a 'Atividade de Prestação de Serviços de Informática e Consultoria Empresarial; Organização, Estruturação, Processos de Gestão, Processos de Fluxos e Controle de Informação, Estratégia Empresarial e Planejamento de Negócios', estando obrigada, portanto, ao registro e à fiscalização perante o correlato Conselho Profissional.
2. A falta de registro cadastral da empresa no CRA constitui exercício ilegal, previsto na Lei Nº 4.769/65, sendo legítima a multa aplicada pelo Conselho Federal de Administração.
3. Apelação improvida.⁴

EMENTA: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO. COBRANÇA DE ANUIDADES. ATIVIDADE PREPONDERANTE. 1. A empresa que tem por objeto social atividades típicas de administrador – prestação de serviços de consultoria, assessoria e organização empresarial; treinamento; diagnósticos; projetos; programas de qualidade e produtividade; estudos e pesquisas de mercado; intervenção organizacional e processamento de dados; desenvolvimento de sistemas de informática; prestação de serviços em pesquisa eleitoral -, embora atualmente dedique-se apenas a consultoria e pesquisa de mercado, está obrigada ao registro no Conselho Regional de Administração, à míngua de comprovação de que exerce atividades ligadas à economia e pela impossibilidade de duplicidade de registros. 2. Sendo a atividade básica da empresa voltada a serviços executados na forma prescrita na Lei nº 4.769/65, privativas de Administrador, lídima a exigência da sua inscrição em Conselho fiscalizador dessa atividade profissional. 3. Sentença mantida.⁵

³ Tribunal Regional Federal – TRF4. AC 5053354-23.2012.4.04.7100, QUARTA TURMA, Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. Juntado aos autos em 28 de Agosto de 2013.

⁴ Tribunal Regional Federal – TRF4 – AC Nº 5023452-45.2014.404.7200/SC, Relator: Des. Federal Fernando Quadros da Silva. Julgado em: 10 de junho de 2015.

Destaca-se ainda que esta exigência não se tornou um fato impeditivo de participação no certame, não prejudicando sua competitividade ou a escolha de melhor proposta para a Administração, uma vez que não houve impugnações nesse sentido nem ficou comprovado qualquer prejuízo ao Município, motivo pelo qual **discordo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

4 – Falta de repetição do certame – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antonio Clovis De Nadai, Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

O recorrente alega que restou identificado nos Convites nºs. 07/2008 e 33/2008 o desatendimento procedimental previsto no art. 37, *caput* da CF/88, art. 32, *caput* da Constituição Estadual e arts. 3º, *caput*, e 22, §§ 3º e 7º da Lei n. 8.666/93, havendo, assim, prosseguimento em certame que não obteve número suficiente de propostas válidas. Alega que a Lei nº. 8.666/93, de maneira incontroversa, traça o procedimento a ser seguido na modalidade de licitação Convite, já inclusive sedimentado no enunciado sumular nº. 248 do Tribunal de Contas da União:

SÚMULA Nº 248

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993.

Assim, em apreciação ao caso concreto, afirma que no Convite nº. 07/2008, colhe-se da Ata nº. 17/2008, que somente a sociedade empresária E&L Produções de Software participou na licitação, sagrando-se vencedora.

Nesse mesmo sentido, alega que, no Convite nº. 33/2008, somente houve a participação da sociedade empresária Toninho Motos e Serviços Ltda., restando, ainda, vislumbrado, no certame, a aquisição de veículos motorizados por preço superior ao máximo estipulado no Edital.

Os recorridos reiteram as justificativas apresentadas ao longo da instrução processual,

⁵ Tribunal Regional Federal – TRF4 5000603-47.2012.4.04.7104, TERCEIRA TURMA, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Juntado aos autos em 06 de março de 2013.

acrescentando que alguns Tribunais de Contas entendem que se faz necessária a presença de no mínimo 3 (três) propostas válidas, isto é, interpretam que o número mínimo de licitantes corresponde a um número de propostas válidas.

Informam que nos Convites nº 07/2008 e 33/2008 constam a publicidade do edital junto à imprensa oficial local e à Câmara Municipal. Alega ainda que se 2 (duas) empresas estivessem de plano impedidas de participar, ainda assim restariam outras cinco aptas no Convite nº 07/2008, uma vez que para este certame foram convidadas 7 empresas.

Alega que a conclusão da área técnica é subjetiva e baseada em norma sumular em tese e não exatamente na lei. Logo, para os recorridos, os auditores deveriam considerar os termos do artigo 23, § 7º, da Lei nº 8666/1993, que não exige três propostas válidas, mas o convite a, no mínimo, três empresas do ramo.

Informa ainda que no ano de 2008 não havia orientação para que se repetissem os certames que não contassem com três propostas válidas.

Quanto ao Convite nº 33/2008, aduz que o Presidente da CPL informou que convidou desde o início dos trabalhos a única empresa de revenda autorizada do produto Honda no Município, mas o seu representante demonstrou desinteresse em participar do certame, fato que não fora registrado nos autos, mas que é plausível, tendo em vista que adotou tal conduta para permitir que seus revendedores na cidade participassem, com o que teria maior lucro.

Contestaram, ao final, o valor do prejuízo relatado, ponderando que, como demonstrado pela equipe técnica, a diferença das motocicletas foi de R\$ 400,00 para acima, sendo que a diferença da motoneta foi de R\$ 150,00, a menor. Logo, se houver algum ressarcimento, que seja de R\$ 400,00 e não de R\$ 650,00.

Pois bem. No tocante a temática “Falta de repetição do Convite, por ausência de 3 propostas válidas”, este Tribunal já prolatou Acórdão 1621/2018, no sentido de que doutrina e jurisprudência vêm flexibilizando o entendimento adotado pelo TCU, por apreenderem que a Corte vem seguindo posicionamento excessivo, afirmando que o

Convite deve ser repetido sempre que a Administração não obtenha três propostas válidas, nos termos da Súmula nº 248 do TCU.

43. Sabe-se que toda jurisprudência do TCU tem sido no sentido de que a Licitação, na modalidade convite, atenda à exigência de no mínimo três propostas válidas. Entretanto, ao longo dos anos, verifica-se que o entendimento dominante tem evoluído no sentido de exigir por parte dos administradores públicos o fiel cumprimento da legislação aplicável ao caso, a Lei 8.666/93, mas admitindo-se certo grau de flexibilização na aplicação da referida Lei, de modo a não engessar a Administração, comprometendo sua eficácia ou, em última instância, apenas, de maneira extremada, os responsáveis, por descumprimentos dos dispositivos legais. Corroborando este entendimento, citamos, a título de exemplo, os termos do Acórdão 437/2009 – TCU – Plenário, quando diz: “Deve ser repetido o convite quando não houver três propostas válidas, salvo se limitações de mercado ou manifesto desinteresse de participantes, devidamente comprovados, sugerirem que a repetição acarretará custos administrativos desnecessários, atraso na obtenção do produto desejado ou prejuízo ao ente público.”⁶

A doutrina mais atual orienta no seguinte sentido:

O TCU entende que, não havendo três propostas válidas, o convite deve necessariamente ser repetido. Em sentido oposto, o §7º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93 prescreve apenas que a Administração deve justificar a não participação de no mínimo três licitantes em razão de limitações de mercado ou desinteresse manifesto dos convidados. De acordo com o enunciado legal, se a Administração não puder justificar, daí sim o convite deve ser repetido. Ou seja, a Lei exige justificativa e, na ausência dela, a repetição do convite. O TCU, em desalinho com a Lei, exige de pronto a repetição do convite, desprezando as justificativas.⁷

A Jurisprudência vem adotando o mesmo entendimento. Vejamos:

É admissível a adjudicação do objeto licitado ao único interessado entre os convidados na modalidade de licitação Convite, desde que, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93, sendo que essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite, nos termos do §7º do artigo 22 da Lei Federal nº 8.666/93.⁸

Complementando, citamos outras jurisprudências que confirmam a regularidade procedimental, uma vez que foram convidados mais de três participantes, não necessitando, obrigatoriamente, que fossem válidas as propostas apresentadas:

⁶ Brasília. Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão nº 1.252/2012 – 1ª Câmara. Rel. Min. Ana Arraes. Sessão de 13.03.2012. Publ. 20.03.2012.

⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 223.

⁸ Prejulgado nº 332. Rel. Evângelo Spyros Diamantaras. Julg. 02.10.1995.

O requisito exigido na Lei é que sejam, no mínimo, 3 (três) licitantes convidados, que possam atender o objeto licitado, não mencionando a necessidade de apresentação de 3 (três) propostas, para o prosseguimento e validade do certame público.⁹

A licitação na modalidade convite exige, no mínimo, três participantes, pena de realizar-se novo procedimento. Todavia, na impossibilidade de participação de, no mínimo, três licitantes, por inexistência de interessados atuantes no ramo, não há como se levar a efeito novo procedimento licitatório, até mesmo porque o objetivo da realização de nova licitação, quando não cumprida a exigência mínima acerca do número de participantes, é justamente a participação de pelo menos um novo interessado. E se não existem outros interessados ou pessoas, naturais ou jurídicas, capazes de concorrer ao objeto da licitação, não há motivação para se realizar novo procedimento.¹⁰

Quanto à possibilidade de ressarcimento ventilada, me filio ao voto proferido pelo relator do processo, nos seguintes termos:

No tocante ao valor do prejuízo relatado no valor de R\$ 650,00, resultante da diferença entre o valor total das aquisições e o valor total orçado, também é de se desconsiderar, pelo fato de a apuração desse valor decorrer da consequência da “não repetição do certame”, que restou esclarecida e sanada, assim sendo, dirijo do posicionamento técnico e afasto a presente irregularidade.

Desta forma, restou evidente a limitação do mercado local, sendo o número de convites enviados até expressivo, restando claro que a conduta dos recorridos não fora reprovável ao ponto de se declarar a irregularidade. Ademais, não houve qualquer prejuízo à Administração, motivo pelo qual **deixo de acompanhar o entendimento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

5 – Contratação direta por dispensa injustificada – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antonio Clovis De Nadai e Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

De acordo com o recorrente, a equipe de auditores constatou incoerências nas contratações diretas celebradas, por dispensa, com as Empresas Paramédica Instrumentais e Produtos Cirúrgicos Ltda. e Plantações Michelin da Bahia Ltda., no que tange a ausência de justificativa para a não repetição do convite, em afronta aos arts. 2º, caput, 3º, caput, 22, §§ 6º e 7º e 24, inciso V da Lei nº 8.666/93. Relata que

⁹ TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível nº 476685-6. 5ª Câmara. Rel. Leonel Cunha. Julg. 30.09.2008

¹⁰ TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação/Reexame Necessário nº 700331603764. 1ª Câmara Cível. Rel. Carlos Roberto Lofego Canibal. Julg. 04.11.2009.

deflagrados os Convites nºs. 05/2008 e 14/2008, sendo declarados desertos por não acudirem interessados à licitação, havendo contratação direta, por dispensa, diante das seguintes justificativas dadas, respectivamente, pelo Secretário Municipal de Saúde e pelo Secretário Municipal de Agricultura e Meio Ambiente:

Convite n. 5/2008:

Em vista da situação do Processo de Licitação nº 07/2008 de 26/09/2008, referente a Carta Convite nº 05/2008 de 30/09/2008, onde após seu trâmite legal não houve interessados, sendo a licitação considerada “DESERTA”, e conforme Lei 11.347/2006 e Portaria 2.583 de 10/10/2007 em anexo, este material é fundamental ao bom funcionamento do Programa de Hipertensão e Diabetes “HIPERDIA”, entendendo ser necessária a aquisição direta pelo fato de que a realização de nova licitação disporia muito tempo causando transtorno à Secretaria Municipal de Saúde.

Convite n. 14/2008:

[...] a compra das mudas de seringueira é realmente urgente, pois temos um prazo para enveijamento e plantio das mesmas, que dura de dois a três meses, culminando no período de plantio que deve acontecer entre os meses de setembro e outubro.

Uma nova licitação não caberia em nosso planejamento, devido ao fato de que o tempo que deverá transcorrer até a autorização da compra ser extenso para os nossos projetos, o que não poderíamos aguardar.

Refutando as justificativas, afirma o recorrente que, em relação ao Convite nº. 5/2008, observa-se que a justificativa para a contratação direta data de 16/10/2008 e a ordem de compra dos materiais somente ocorreu em 07/11/2008, não estando demonstrado que a repetição do certame traria qualquer prejuízo para a Administração. Da mesma forma, não há de se falar em prejuízo para a Administração a repetição do certame, uma vez que o Convite n. 14/2008 foi considerado deserto em 21/05/2008 e somente em 04/07/2008 informou o Secretário Municipal de Agricultura e Meio Ambiente que não haveria tempo para repetição do certame, estando, pois, evidenciado o induzimento para a realização da dispensa.

Em suas contrarrazões, os recorridos alegam que, com relação ao Convite n. ° 05/2008, a falta do produto na Unidade de Saúde para fornecimento aos pacientes resultaria em graves resultados a estes. Assim, diante da emergência, não houve alternativa senão a aquisição direta, sobretudo e principalmente, em respeito aos usuários do produto. Desta forma, não há como contrariar que o procedimento obedeceu aos ditames dos artigos 2º, 3º, 22, §§ 6º e 7º, e 24, inciso V, todos da Lei n. ° 8.666/1993.

Quanto ao Convite nº 14/2008 (aquisição de mudas de seringueira para atender aos pequenos agricultores familiares do Município), destaca a justificativa do Secretário Municipal de Agricultura, no sentido de que se as mudas não fossem adquiridas com urgência toda a estrutura realizada com base no projeto técnico estaria perdida.

Em acréscimo, sustenta a Sra. **Raquel Ferreira Mageste Lessa** que as equipes de trabalho administrativo do Município, por este ser pequeno, são reduzidas, o que demanda maior tempo para a prática das ações.

Segundo a ITR, tanto no Convite 5/2008 quanto no Convite 14/2008, não restou demonstrada urgência nem situação emergencial ou calamitosa a justificar a dispensa nos termos do inciso IV, do artigo 24, nem tampouco o risco de prejuízo decorrente da demora com a repetição do certame, a fim de se utilizar o inciso V da mesma norma.

Importante informar que o objeto do Convite 05/2008 consistia em aquisição de equipamentos materiais para realização de exames em pacientes portadores de “diabetes mellitus”, para atender Programa de Hipertensão e Diabetes do Ministério da Saúde, as quais se encontravam em falta nos postos de saúde, diante do que podemos considerar caracterizada a urgência a justificar a compra direta dos materiais, pois, havia uma Campanha do Ministério da Saúde na iminência de ser realizada e não havia disponibilidade de materiais para atender a demanda.

Possível perceber ainda, de acordo com informações apresentadas na Instrução Técnica Inicial – ITI 971/2010, acostada ao Processo TC 3177/2009, que a Administração teve o cuidado de convidar o número mínimo de empresas para participar do certame, porém, os mesmos resultaram desertos, não havendo que se falar em negligência por parte do município.

Diante do exposto, tendo em vista que as licitações foram consideradas desertas e as repetições trariam prejuízos à Administração, o que foi devidamente justificado, podemos entender que não há irregularidade a ser imputada, motivo pelo qual **discordo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

6 – Falta de planejamento, com realização de diversos certames com objetos similares – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antonio Clovis De Nadai, e Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

O MP de Contas recorre no tocante à irregularidade na deflagração de certames distintos para aquisição de móveis e equipamentos de informática – Convites nºs 11, 22, 25 e 31/2008 e Pregões nºs 13 e 16/2008. Alega que houve falta de planejamento para a aquisição de objetos similares, gerando, de acordo com Acórdão 0743-14/09 – P, o fracionamento irregular de despesas e a inadequada escolha de modalidade licitatória.

Informa ainda que o montante dispendido nas contratações oriundas dos Convites foi na ordem de R\$ 119.546,73, extrapolando a modalidade licitatória escolhida. Afirma que o Tribunal de Contas de Mato Grosso, na Resolução Normativa n. 17/2010 (item GB 05 do anexo) qualificou como conduta grave o *“Fracionamento de despesas de um mesmo objeto para modificar a modalidade de procedimento licitatório ou promover a dispensa indevidamente.*

Os recorridos alegam que não restou apontado na ITI nº 971/2010, lesão ao patrimônio público, nem prova da sua ocorrência, tanto que valor algum foi especificado, nem devolução de numerários chegou a ser ventilada. Informa ainda que o número de procedimentos licitatórios ocorreu em razão do surgimento de necessidades eventuais, tais como a instalação do Centro de referência de Assistência Social – CRAS e da Escola Municipal de Ensino Fundamental – EMEF “Ilda Ferreira Fonseca”.

A Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa afirmou que o que existe nos autos não comprova que os convites possam ser simplesmente somados, para concluir hipótese de extrapolação. Ao final, pugna pela aplicação do princípio do formalismo moderado.

No Acórdão recorrido, restou vencedor o entendimento de que tanto o relato técnico quanto a defesa restam muito claros, não havendo o que discutir, a não ser a observação de que as conclusões técnicas não coadunam com o relato inicial, pois nele não foi demonstrada a superação do limite fixado legalmente para a realização de

convite, nem a fundamentação no § 5º do artigo 23, da Lei nº 8666/93, e, quanto aos pregões, não têm limite estabelecido.

As justificativas dos recorridos esclarecem os fatos. O número de procedimentos licitatórios ocorreu em razão do surgimento de necessidades eventuais. Além disso, não restou comprovado pelo recorrente que a soma dos convites possa ter extrapolado o limite legalmente estabelecido para a modalidade.

De toda sorte, analisando o Relatório de Auditoria Ordinária 0074/2010, acostado ao Processo TC 3771/2009, foi possível apurar que a equipe auditora constatou que, analisados separadamente, cada convite não atingiu seu limite, seja para a aquisição de móveis, seja para equipamentos de informática:

A equipe constatou, ainda, que não se configurou fracionamento de despesas, uma vez que, separados os itens de cada convite de acordo com sua natureza, não foi atingido o limite da modalidade, nem para móveis nem para equipamentos de informática. Ademais, para os certames restantes, a Administração utilizou-se da modalidade de Pregão Presencial.

Ao final, a equipe que elaborou o Relatório de Auditoria sugere que seja expedida recomendação à Administração da Prefeitura municipal de São Gabriel da Palha, nos seguintes termos:

Diante do exposto, e salvo melhor juízo desta corte, a equipe sugere que o Tribunal de Contas recomende à Administração da Prefeitura de São Gabriel da Palha que promova, para os próximos exercícios e em consonância com as leis orçamentárias, um planejamento estratégico para a prefeitura, integrando as ações, necessidades e projetos de cada secretaria. (Grifos do autor)

Além de que nos demais certames a modalidade licitatória empregada foi o Pregão presencial, a qual não estabelece limites de valores, motivo pelo qual **divirjo da equipe técnica e Ministério Público de Contas e nego provimento a este item do Recurso.**

7 – Controle patrimonial inadequado – Responsável: Raquel Ferreira Mageste Lessa

Recorre o *Parquet* alegando que a conclusão do relator derivou exclusivamente da

ausência de prejuízo ao erário. Todavia, afirma que não é possível a prática de ato ou omissão, com grave infração à norma legal ou regulamentar que não resulte injustificado dano ao erário. E pensar diferente é equiparar violações às normas legais ou regulamentares, sem lesão ao erário, a impropriedades ou outra falta de natureza formal, deturpando a Lei Orgânica deste Tribunal, a fim de isentar a responsável das sanções a ela cabíveis, diante do que requer que seja aplicada multa à responsável.

Em contrapartida, alegam os recorridos de acordo com a autorização de fornecimento/execução nº 1.529/2008 de 18/9/2008, existe uma observação de que os mencionados computadores foram destinados não só à referida escola, mas também a outras escolas do ensino fundamental do Município. E relatam:

Todos os microcomputadores foram devidamente patrimoniados, conforme relação de bens patrimoniais por local (também já anexada aos autos), a qual foi acompanhada de histórico patrimonial, nota fiscal, nota de empenho nº 1.527/2008 e respectivas fotografias, demonstrando que todos estão devidamente com etiqueta de patrimônio. Para melhor esclarecimento, 29 (vinte e nove) microcomputadores estão alocados na EMEF “Ilda Ferreira da Fonseca Martins”, e 1 (um) nas EMEFs “Professora Maria Celeste Torezani Sorch”, “Irmã Adelaide Bertochi”, “João Gabriel”, “Berolo Malacame”, no Centro Educacional Rural “Francisco José Matedi” e no CIVEVI, conforme relatório emitido pelo Chefe do Setor de Patrimônio Edvaldo Soares Silva.

Concerne às impressoras adquiridas por meio do pregão Presencial nº 16/2008 para atender as necessidades do Fundo Municipal de Assistência Social e do CRAS, as 3 (três) encontram-se patrimoniadas, devidamente etiquetadas, na recepção e na sala de psicologia do CRAS, a teor do relatório emitido pelo Chefe do Setor de Patrimônio Edvaldo Soares Silva, das notas fiscais, das autorizações de fornecimento/execução nº 684/2008 de 9/12/2008 e nº 681 de 9/12/2008, notas de empenho nº 670/2008 e nº 668/2008, relação de bens patrimoniais por local e fotografias, tudo já anexado aos autos.

Assim, alegam que não houve infração aos artigos 37, *caput*, e 70, parágrafo único, da CF/88, nem aos artigos 94 e 95 da Lei nº 4.320/1964 e artigos 16 e 56, parágrafo único da Lei Orgânica do Município de São Gabriel da Palha.

A irregularidade foi mantida no Acórdão em virtude de o relator entender que na documentação juntada pela defesa não constava o inventário analítico de cada setor envolvido “identificando os 35 microcomputadores com os respectivos monitores devidamente identificados com os números do patrimônio, carimbado e assinado pelo responsável que os tenha recebido no setor. ” Porém, votou no sentido de afastar o ressarcimento, tendo em vista que a irregularidade não se trata de grave infração à

norma legal ou regulamentar.

O recorrente, por sua vez, requer que seja aplicada multa à gestora.

A Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa, alega que as falhas no controle não caracterizam grave infração à norma legal ou regulamentar, pois o controle patrimonial existia, tanto que ficou provado nos autos que o patrimônio estava protegido e inteiramente de posse do município, conforme reconhecimento da própria área técnica.

Pois bem. É questionado o fato de, no momento da auditoria, os 35 microcomputadores adquiridos pela Prefeitura de São Gabriel da Palha, não estarem na EMEF “Ilda Ferreira Fonseca”, mas possivelmente em outras unidades escolares do município.

A equipe técnica alega que 2 dos 35 microcomputadores foram transferidos para outras Escolas municipais após a realização da auditoria. E finalizam sua manifestação com a seguinte argumentação:

Quanto ao ressarcimento proposto, deve ser afastado, haja vista que a documentação de fs. 2274/2282 demonstra a entrada de 35 microcomputadores na EMEF “Ilda Ferreira Fonseca” e a transferência de 06 para as outras escolas e para o CIBEVI, faltando 03, que provavelmente sejam os que estavam sem etiqueta conforme relatado.

Ora. A própria equipe de auditoria confirmou que os 35 microcomputadores adquiridos deram entrada na EMEF “Ilda Ferreira Fonseca”, assim também como confirmam que 6 foram transferidos para outras escolas, e que os 3 que restavam provavelmente estavam sem etiqueta.

Diante do cenário que nos é apresentado, podemos concluir que a irregularidade foi mantida pelo fato de não haver um inventário analítico de cada unidade que recebeu os microcomputadores, bem como não constava número de patrimônio, carimbado e assinado por quem os recebeu.

Os fatos narrados apontam para uma irregularidade formal, pois, houve comprovação pela equipe auditora de que os microcomputadores adquiridos foram devidamente

recebidos, da mesma maneira que afirmam a transferência de alguns deles para outras escolas do município, motivo pelo qual **divirjo do Ministério Público de Contas e equipe técnica e nego provimento a este item do Recurso**, por entender que houve aqui um excesso de formalismo.

8 – Ausência de procedimento licitatório – Responsável: Raquel Ferreira Mageste Lessa

O recorrente se insurge contra o fato de ter a Administração celebrado contratos com a empresa TG System Informática Ltda., cujo objeto consistia em criação e implantação e serviços de informática e sua manutenção, para atender a demanda de diversas secretarias do município, por meio de inexigibilidade de licitação, requerendo que seja aplicada multa a responsável.

A responsável, por sua vez, informa que o Município não tinha condições de elaborar um edital para deflagrar a licitação, pois, apesar de saber das necessidades de informatização, não possuía conhecimento técnico para discriminar os itens do software.

Alega que as empresas do ramo de tecnologia da informação apenas queriam vender seus programas já pré-elaborados, sem ter o trabalho de adaptá-lo à realidade municipal. A única empresa que se propôs a tal mister foi a TG System, que, não bastassem praticou um preço bem inferior ao mercado.

Relata também que, em suas justificativas que precederam às contratações, os Secretários Municipais informaram o proveito econômico obtido pelo Município em razão dos baixos preços cobrados pela empresa contratada, bem aquém da média praticada pelo mercado.

Afirma que a contratação se deu após pesquisas de mercado, ficando comprovado que não havia outra empresa que tivesse manifestado o interesse em criar e implantar os serviços de informática e sua manutenção, para atender as Secretarias Municipais (Educação, Saúde e Trabalho/Assistência Social). Alega que a contratação direta se deu com base no art. 25 da Lei de Licitação, ou seja, por inexigibilidade e não por

dispensa, sendo que as causas de inexigibilidade são meramente exemplificativas e não taxativas.

Pois bem. Inicialmente, importante ponderar que estamos tratando de um recurso relativo a Auditoria realizada no exercício de 2008, ou seja, há anos, quando a informática ainda dava seus primeiros passos, de forma que entendo perfeitamente plausível a justificativa da recorrida quando informa que o município não contava com servidores capacitados para elaborar um edital para contratar os serviços de empresa especializada em TI para a criação e implantação e serviços de informática e sua manutenção, considerando se tratar de um município de pequeno porte.

Ainda hoje existem prefeituras cujas quais os servidores não possuem capacidade para elaborar um edital com este objeto, quiçá, em 2008, em uma prefeitura de pequeno porte.

No mesmo sentido, considero plausível a justificativa apresentada pela responsável ao explicar que as empresas que existiam no mercado não demonstraram interesse em criar um software que atendesse as demandas específicas de cada secretaria, pois, seu interesse era em oferecer ao município software já existente no mercado, o que seria incompatível com a necessidade e com a realidade de cada órgão.

O que as empresas de Tecnologia da Informação pretendiam oferecer para a Administração eram os chamados software de prateleira, o qual, nos termos do Acórdão TC 1033/2017, proferido nos autos do Processo TC 4103/2012, se trata de um produto comum, padronizado, que pode ser usado indiscriminadamente por empresas de vários ramos.

E não era este o serviço que as secretarias buscavam, mas sim, um software que fosse criado especificamente para atender às suas necessidades, de modo que podemos concluir que o serviço contratado pelo Prefeitura municipal de São Gabriel da Palha não se tratava de um serviço comum, mas sim de um serviço especializado, contando com o caráter de singularidade para o seu desenvolvimento, diante do que podemos concluir que a referida contratação poderia, perfeitamente, ser realizada por meio de

inexigibilidade de licitação, diferentemente do entendimento apresentado pela equipe técnica, que alega ausência do requisito 'notória especialização'.

Aliás, podemos destacar vários entendimentos jurisprudenciais nos quais resta configurado que o serviço de informática não se trata de serviço comum. Vejamos:

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO à LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME. I - Nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2000, "Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado." II - Da análise do caso concreto, verifica-se que para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de informática, visando o desenvolvimento de software de apoio à tomada de decisões, não se afigura cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratar-se de serviço que não se caracteriza notoriamente como "serviços comuns", na forma da legislação de regência. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.¹¹

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO à LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME. I - Para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de informática, visando a gestão e manutenção dos sistemas de informação, administração e operação de rede e banco de dados e suporte técnico aos usuários da rede corporativa do DNPM, não se afigura cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratarem-se de serviços que não se caracterizam, notoriamente, como serviços comuns, na forma da legislação de regência. II - Remessa oficial desprovida.¹²

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. PREGÃO ELETRÔNICO N. 06/2008 DA COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES). INADEQUAÇÃO DESSA MODALIDADE PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS". VIOLAÇÃO à LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME. 1. A contratação de serviços técnicos de informática, mais aprofundados que o comum ou ordinário, como no caso, conforme se depreende do item 1.1 do Edital, não pode ser objeto de licitação do tipo "pregão eletrônico", mas do tipo "técnica e preço" (Lei n. 8.666 /1993, art. 45, § 4º). 2. Agravo provido.¹³

Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA MODALIDADE DO PREGÃO PARA A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO ENQUADRADOS NA CATEGORIA DE "COMUNS".

¹¹ Tribunal Regional Federal da 1ª Região. TRF-1 – Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança – REOMS 21859 DF 2009.34.00.021859-0. Data de publicação: 30 de mar. de 2012.

¹² _____, _____. Remessa Ex Officio REO 11440/DF – 2006.34.00.011440-8. Data de publicação: 26 de Jan. de 2009.

¹³ _____, _____. Agravo de Instrumento – AG 5946/DF 2008.01.00.005946-0. Data de publicação: 28 de out. de 2008.

VIOLAÇÃO à LEGISLAÇÃO. ANULAÇÃO DO CERTAME. I - Para a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de informática, visando o desenvolvimento de atividades de análise, projeto, implantação suporte, documentação e manutenção de Sistemas de Informações; de planejamento, modelagem, desenvolvimento, implantação, monitoramento, controle, suporte e manutenção de bases de dados de sistemas; de estudo de capacidade, planejamento e operação de rede; e de projeto, exame, implantação, suporte e manutenção de Sistemas de Segurança, não se afigura cabível a licitação na modalidade do pregão, por tratar-se de serviços que não se caracterizam notoriamente como serviços comuns, na forma da legislação de regência, exigindo-se o fornecimento de mão-de-obra altamente especializada e qualificada, com formação de nível superior na área de informática e processamento de dados, conforme prevê o próprio edital do certame. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada.¹⁴

Por fim, e não menos importante, diferentemente do que alega a equipe técnica, o rol exposto nos incisos do artigo 25 da Lei 8666/93 não é taxativo, mas sim meramente exemplificativo, assim é o que leciona o Professor Joel de Menezes Niebuhr. Observe:

O *caput* do art. 25 da Lei nº 8666/93 prescreve que “*inexigível* a licitação quando houver *inviabilidade de competição*, em especial: (...)”. Da redação dada ao dispositivo em apreço deflui que a inexigibilidade está sempre relacionada à inviabilidade da competição, o que acarreta a impossibilidade de se ultimar o procedimento licitatório. Acrescenta-se que as hipóteses a seguir arroladas pelo legislador não são taxativas, porém, meramente exemplificativas, já que utiliza, ao final do *caput*, a expressão *em especial*, cuja dicção, é evidente, admite outras hipóteses além das explicitamente indicadas. A propósito, as hipóteses enunciadas pelo legislador como de inexigibilidade são as seguintes:

(...)

Repita-se que essas hipóteses são apenas exemplificativas, pois a licitação pública é inexigível sempre que estiver diante de inviabilidade de competição, conforme prescreve, com invulgar precisão e clareza, o *caput* do at. 25 da Lei nº 8.666/93. Portanto, além dos incisos arrolados no artigo em tela, percebe-se existirem outras situações que poderiam implicar inexigibilidade. Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar a licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos.¹⁵

Diante de todas as atenuantes expostas, **divirjo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

9 – Certidão de regularidade vencida na data do pagamento – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antônio Clovis De Nadai, Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio

¹⁴ Tribunal Regional da 1ª Região – TRF-1. Remessa Ex Officio em Mandado de Segurança – REOMS 25379/DF 2004.34.00.025379-2. Data de publicação: 12 de mar. de 2007.

¹⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 99.

Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

Recorre o *Parquet* alegando que a equipe de auditores identificou o pagamento irregular da despesa relativa à aquisição de livros infantis, haja vista a certidão de regularidade do FGTS estar vencida, constituindo motivo para rescisão contratual por expressa afronta aos arts. 29, inciso IV e 55, inciso XIII da Lei n. 8.666/93.

Alega que tal documentação, com validade até 10/12/2008, encontrava-se vencida no momento do atesto do recebimento dos materiais (11/12/2008) e da realização do pagamento (12/12/2008). Nesse cenário, afirma que deveria a responsável exigir nova certidão de regularidade do FGTS ou rescindir o contrato, nos termos do art. 78, inciso I c/c art. 79, inciso I da Lei n. 8.666/93. Ao final, colaciona o teor da Súmula 283 do TCU:

SÚMULA Nº 283

Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.

Acórdão nº 1613 - TCU - Plenário, 26 de junho de 2013.

Em contrapartida, alega a recorrida Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa, que o contrato foi substituído por Nota de Empenho, datada de 13/11/2008. As notas fiscais foram emitidas em 09/12/2008, mesma data da entrega dos materiais, data em que o Município deveria ter efetuado o pagamento ao fornecedor.

Desta forma, a empresa adquiriu o direito líquido e certo ao recebimento em 09/12/2008, quando ainda estava dentro do período de validade a certidão de regularidade com o FGTS, sendo que o município é que não efetuou o pagamento na data da entrega, ainda que a empresa já tivesse cumprido sua obrigação contratual em situação comprovadamente regular, não podendo ser penalizada com a ausência do pagamento.

Em análise, a equipe técnica sugere que seja afastada a irregularidade sob a seguinte argumentação:

No que concerne a este item, embora esteja configurada a inobservância à norma legal por estar a certidão de regularidade com o FGTS expirada na data do pagamento da mercadoria, entendemos que não foge à razoabilidade

considerar que a empresa contratada esteve, ao longo de toda a execução contratual, em situação regular, inclusive quando da celebração do acordo. Ademais, não há questionamentos quanto ao efetivo cumprimento da obrigação, sendo certo que, independentemente da situação existente ao tempo do pagamento, este passou a ser devido pelo adimplemento da obrigação, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Municipal. Note-se, também, que não trata este item de pagamento a empresa em situação de irregularidade fiscal, vez que, face à ausência da documentação atualizada, o que se sabe é, apenas, que a certidão se encontrava vencida no momento da contraprestação, não havendo como afirmar a existência de débito relativo ao FGTS. Nesse sentido, **opinamos pela manutenção do Acórdão TC-865/2015, nos termos já delineados.** (Grifos do autor)

Diante de todo o exposto, **divirjo do Ministério Público de Contas e acompanho o opinamento da equipe técnica no sentido de negar provimento ao Recurso quanto a este item.**

10 – Ausência de demonstração dos requisitos legais para contratação por inexigibilidade – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antonio Clovis de Nadai, Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

O MP de Contas recorre alegando incoerências constatadas na contratação direta, por inexigibilidade, da sociedade empresária CLIMED – Clínica de Multe especialidades e Diagnóstico LTDA-ME, no que tange a ausência de comprovação da inviabilidade de competição e da singularidade dos serviços técnicos contratados, com profissionais ou empresas de notória especialização, em afronta aos arts. 25, inciso II, 26, parágrafo único, inciso II e 89 da Lei n. 8.666/93.

Alega também que não é possível suprimir o apontamento, nem mesmo pela aplicação do princípio do formalismo moderado, expresso no art. 52 da LC n. 621/12 que, descrevendo normas procedimentais do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, prevê que “nos processos serão observados, entre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, da impessoalidade, da oficialidade, da verdade material, do formalismo moderado, da celeridade, da publicidade, da transparência e da segurança jurídica”.

A Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa se defende afirmando que a contratação se deu com base no art. 25, *caput*, e não com base no inciso II daquele dispositivo legal.

Informa que no Município de São Gabriel da Palha não existe outra empresa, hospital ou clínica que realize os serviços de mamografia bilateral, para atendimento à saúde da população. Alega ainda que a Junta Comercial classifica por Código CNAE e este é único para a prestação de serviços de saúde, não existindo um código apenas para exames de mamografia bilateral, mas sim exames complementares, não podendo comprovar a inexigibilidade por este meio.

Logo, alega que restou comprovado que licitar esse tipo de serviço seria inviável, pois ele necessita ser prestado na sede do Município, eis que sua prestação em outra localidade acarretaria uma quebra ao princípio da economicidade. Por fim, destaca que a contratação dos exames se deu pelo preço da Tabela SUS, não havendo prejuízo ao erário.

Para fins de comprovação das alegações apresentadas pela responsável efetuamos ligação telefônica para a CLIMED – Clínica de Multi Especialidade e Diagnósticos, no telefone (27) 3727-1340, conversamos com a atendente Marcia, que nos confirmou ser esta a única clínica no município de São Gabriel da Palha que realiza Mamografias.

Atestando a veracidade das alegações apresentadas em sede de defesa, concluímos que não seria nada razoável a Administração contratar clínicas de fora do município para que fossem realizados os referidos exames, pois, a parte mais afetada seria a população que dele necessita, uma vez que teriam que se deslocar para outros municípios para realizarem as mamografias.

Além do mais, a equipe técnica aponta que embora exista um mamógrafo cadastrado na competência dezembro/2008 na CLIMED, conforme Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, tal documento não é capaz de atestar, de forma conclusiva, que o serviço não poderia ser prestado por outro fornecedor. Porém:

Considerando que estamos diante de uma situação ocorrida no ano de 2008, cuja apuração neste momento se torna inviável, considerando que o meio de prova sugerido pela auditoria não se mostrou realizável e considerando, ainda, que não há como se afirmar que, embora demonstrada de forma insuficiente, a inviabilidade de competição não ocorreu, opinamos pela manutenção deste item nos termos delineados no Acórdão TC-865/2015.

Diante de todo o exposto, **divirjo do Ministério Público de Contas e acompanho a manifestação técnica para negar provimento ao Recurso com relação a este item.**

11 – Ausência de liquidação: falta de atesto da execução do serviço na nota fiscal – Responsável: Raquel Ferreira Mageste Lessa

Alega o recorrente que a equipe de auditores constatou incoerências relacionadas à liquidação de despesas atinentes ao Contrato 127/08, firmado com a CLIMED – Clínica de Multi Especialidade e Diagnósticos, para a realização de mamografias, não havendo provas da efetiva prestação de serviços, consoante arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/64.

O recorrente ataca a decisão da turma ao argumento de que o princípio do formalismo moderado não foi previsto na Lei de Direito Financeiro e, portanto, não há brecha para o descumprimento da legislação. Nesse contexto, afirma que a ausência de atesto que comprove a efetiva prestação dos serviços acarreta na deficiência na liquidação da despesa.

E completa o *Parquet* alegando que a manifestação do Secretário Municipal de Saúde autorizando o pagamento não é suficiente para suprir a carência de liquidação, uma vez que, em atenção ao princípio da segregação de funções, o atesto da execução dos serviços deve ser realizado por pessoa distinta da que autorizou o pagamento, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União.

Em contrapartida, alegam os recorridos que, não obstante o Secretário Municipal de Saúde não ter usado a palavra “atesto”, está claro nas citadas OPs que ele reconheceu a prestação do serviço quando determina ao Setor de Contabilidade proceder com o pagamento. Informa ainda que todas as OPs estão devidamente instruídas com a documentação necessária, bem como regularmente autuadas.

Acrescenta a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa que está comprovada a liquidação da despesa na forma da lei. Afirma que o Carimbo de “atesto” é apenas uma formalidade que se orienta e, em que pese não ter havido o carimbo no relatório, o conteúdo do relatório comprovou a prestação dos serviços.

A área técnica rechaça as alegações, afirmando que os recorridos tentam simplificar a exigência legal, caracterizando-a como uma mera formalidade, esquecendo-se que, ademais do “carimbo” em si, o que pretende a norma é a garantia de que houve, efetivamente, a verificação do cumprimento da obrigação, verificação essa que, em atenção ao Princípio da Segregação das Funções e à cautela administrativa, não poderia ser realizada pela mesma pessoa que determinou o pagamento.

De fato, o que vai comprovar a prestação dos serviços é o relatório circunstanciado demonstrando de forma inequívoca que os serviços foram executados na forma contratada, sendo que esse relatório foi endossado pelo Secretário da Pasta responsável ao encaminhá-lo junto à nota fiscal ao setor de contabilidade para pagamento.

Embora reconheça que as notas fiscais devessem ter sido atestadas pelo servidor responsável por tal atribuição, existem precedentes nesta Corte de Contas nos quais foram relevadas a ausência destes atestes, uma vez que, assim como nos presentes autos, restou comprovada a prestação dos serviços, ou seja, a realização das mamografias:

A Lei nº 4.320/64, em seu artigo 63, § 2º, incisos I, II e III, estabelece que a liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base o contrato, a nota de empenho e os comprovantes de entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.

Em assim sendo, embora devessem as notas fiscais ser atestadas por servidor da Prefeitura, **as fichas de atendimento com assinatura dos servidores responsáveis pelos setores atendidos constituem prova de que os serviços foram efetivamente prestados, razão pela qual divirjo em parte da área técnica e afasto a presente irregularidade, bem como o ressarcimento pretendido**, em relação aos dois responsáveis indicados, relativamente a este processo.

¹⁶(Grifos do autor)

Ante o exposto, considerando a existência de notas fiscais emitidas pela empresa, acompanhada da relação dos pacientes atendidos, bem como o encaminhamento das referidas notas fiscais ao setor contábil para realizar o pagamento, relevo a presente irregularidade, entendo que os serviços foram prestados, motivo pelo qual **divirjo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento ao Recurso com relação a este item.**

¹⁶ Espírito Santo. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES. Acórdão TC 1758/2015 – Primeira Câmara. Processo: 6964/2009 Data da sessão: 11/11/2015 Relator: Márcia Jaccoud Freitas. Controle Externo – Fiscalização – Auditoria

12 – Ausência dos requisitos legais para dispensa de licitação – Responsáveis: Raquel Ferreira Mageste Lessa, Antonio Clovis De Nadai, Henrique Mauri, Dulcinéia da Penha Lovo Cardoso, Maria de Fátima Ventura Coutinho, Edvaldo Soares Silva, Sérgio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimarães Teixeira e Erliton de Mello Braz.

Informa o recorrente que enquanto o item 5 do Acórdão trata de incoerências na contratação direta celebrada por dispensa, no que tange a ausência de justificativa para a não repetição do convite nº 14/2008, cujo objeto é a aquisição de mudas de seringueira, o presente item se refere à falta de parecer jurídico, justificativa de preço e da escolha do fornecedor, bem como a publicação da dispensa na forma preconizada na lei de regência, em violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade e arts. 26, parágrafo único, incisos I a IV, 38, inciso VI e parágrafo único da Lei n. 8.666/93.

Quanto a contratação direta realizada para aquisição de imóvel urbano para instalação de Unidade de Saúde e ornamentação natalina, não houve justificativa para a escolha do fornecedor e preço.

Já no tocante à ampliação do campo de futebol e aquisição de livros didáticos, resta demonstrada a ausência de parecer jurídico, de justificativa de preço e de publicação da dispensa na imprensa oficial, por afronta ao inciso VI do art. 38 da Lei n. 8.666/93.

Quanto à ornamentação natalina, a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa alega que a documentação acostada aos autos descaracteriza qualquer violação à legislação. Alega que não fosse a ornamentação instalada no final de novembro, início de dezembro/2008, seu objetivo não seria atingido, ou seja, a dispensa em tela obedeceu às exigências do artigo 26 da Lei 8.666/1993.

Quanto à aquisição de livros didáticos, alega que a empresa Representações Paulistas Ltda. é a representante exclusiva da Editoria Positivo Ltda. para a distribuição e/ou comercialização dos livros Portal do Saber – Níveis 1 e 4 – no Estado do Espírito Santo. Assim, a inexigibilidade teve como base o art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, tendo a sua formalização atendido as exigências do artigo 26 do mesmo diploma legal (justificativa, ratificação e publicação) e lembra que a publicação de dispensa e inexigibilidade é feito no mural da Prefeitura Municipal, imprensa oficial, na forma do

art. 19 da Lei Orgânica do Município de São Gabriel da Palha.

Quanto à aquisição de um imóvel urbano para instalação de Unidade de Saúde, informa que foi justificada pelo Secretário Municipal de Saúde em campo específico, na solicitação de contratação de serviços nº 115/2008 de 31/1/2008. Afirma que a motivação do Secretário se baseou na necessidade de instalação de uma Unidade de Saúde para melhor atender a população e desafogar o atendimento da Unidade de Saúde Central do Município e, com relação ao parecer jurídico, este foi exarado no mesmo documento, solicitação nº 115/2008, pelo Consultor Jurídico, em 31/1/2008.

No tocante à aquisição de um imóvel urbano para ampliação do campo de futebol do Córrego São Sebastião, afirma que a devolução de numerário recomendada pela equipe técnica do TCEES está pautada em "dano hipotético ou presumido", o que é veementemente rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Alega que, conforme se observa na escritura de compra e venda do imóvel junto ao servidor Everaldo Pessi, consta o nome da sua irmã Rita de Cássia Pessi Nascimento, sendo que o imóvel já havia sido adquirido pelo servidor de sua irmã e cunhado Genézio Pereira do Nascimento, mas, por descuido e comodidade, em razão do parentesco, não formalizaram a transferência do bem em data pretérita.

Argumenta também que não existe regra impedindo a aquisição de bens imóveis pertencentes a servidor. Ao final, alega que foi pago o valor de avaliação, não caracterizando enriquecimento ilícito e dano ao erário.

Por fim, com relação à aquisição de mudas de seringueira para atender os pequenos agricultores familiares do Município, afirma que, em razão de a licitação ter sido deserta, o Secretário Municipal de Agricultura apresentou justificativa, a qual seguiu acompanhada de parecer jurídico e decisão da Prefeita.

Tendo em vista que as razões da recorrida são as mesmas das apresentadas na justificção, a ITR colacionou a análise feita pela ITC 4178/2013. Nesse sentido, esclarece a ITC 4178/2013, no item referente à ornamentação natalina, que não se

constata qualquer justificativa de preço e de escolha de fornecedor nos autos, como determina o artigo 26, parágrafo único, da Lei 8666/93. Complementa afirmando que *“os elementos dos autos demonstram que, após a licitação ter sido deserta em alguns itens, foi emitida uma solicitação de urgência para aquisição da ornamentação natalina, em razão da proximidade da data festiva, e após, foi emitido o parecer jurídico concluindo pela possibilidade de contratação direta, sendo em seguida adquirida a mercadoria, sem qualquer justificativa de preço ou razão de escolha do fornecedor”*.

Com relação à aquisição dos livros didáticos, transcreve trecho da ITC, o qual afirma-se que *“já existem diversas decisões, inclusive do Tribunal de Contas da União, que entendem que a aquisição de livros didáticos por inexigibilidade de licitação, somente pode ocorrer quando a compra se der diretamente com a Editora, e ainda assim, quando esta comprovar que possui contrato de exclusividade com o autor da obra, para editoração e comercialização da mesma”*.

Da mesma forma que na contratação anteriormente citada, também na aquisição de imóvel para instalação da unidade de saúde e ampliação do campo de futebol foi constatada a ausência de parecer jurídico, em desatenção ao que determina o inciso VI, do artigo 38, da Lei 8666/93. Dessa forma, a área técnica refuta o fundamento do acórdão de que, sendo construção jurisprudencial, o parecer é obrigatório apenas nas minutas dos editais de licitação, contratos, convênios, acordos ou ajustes, alegando que *“se o opinamento jurídico prévio, como medida de cautela, é exigível nos procedimentos licitatórios de regra, com mais razão ainda se torna necessário nas situações excepcionais de contratação direta (dispensa e inexigibilidade)”*

Por fim, quanto à aquisição de mudas de seringueira e a ausência de requisitos necessários para a dispensa de licitação, afirma que não se infere dos autos o parecer jurídico afirmando ser possível a medida excepcional no caso em análise, com a devida subsunção da situação fática à norma legal aplicável.

Quanto às aquisições dos imóveis, no tocante à ampliação do campo de futebol do Córrego São Sebastião, a justificativa para a aquisição do imóvel é evidente, tendo em vista que qualquer ampliação pressupõe a anexação de um outro terreno limítrofe, bem

como não existe regra impedindo a aquisição de bens imóveis pertencentes a servidor.

Quanto ao seu valor, analisando as notas de empenho n 128/2008 e de pagamento nº 680/2008, além do recibo emitido pelo vendedor, resta claro que o valor pago pelo Município foi R\$ 45.954,39, não havendo divergência de preços. No tocante à instalação da Unidade de Saúde, o Secretário da pasta, ao solicitar a aquisição, justificou seu escopo, qual seja, necessidade de instalação de uma Unidade de Saúde naquele bairro para melhor atender a população e desafogar o atendimento da Unidade de Saúde Central do Município.

Quanto à justificativa dos preços e dos fornecedores, com relação à ornamentação natalina, transcrevo a fundamentação apresentada pelo relator do processo, para fins de afastar a irregularidade. Vejamos:

Quanto à justificativa dos preços e dos fornecedores, verifico que, com relação ao item ornamentação natalina, refere-se a oito produtos remanescentes de licitação na modalidade de convite, do qual participaram, efetivamente, 05 licitantes, sendo que 09 retiraram o edital, estando, portanto, implícitas tais justificativas;

Quanto aos livros didáticos, restou comprovado que não havia concorrência no mercado estadual, tendo em vista que a empresa Representações Paulistas Ltda. é a representante exclusiva da Editoria Positivo Ltda. para a distribuição e/ou comercialização dos livros Portal do Saber – Níveis 1 e 4 – no Estado do Espírito Santo.

Com relação à aquisição de mudas de seringueira, houve justificativa apresentada pelo Secretário Municipal de Agricultura, a qual seguiu acompanhada de parecer jurídico e decisão da Prefeita, motivo pelo qual **divirjo dos opinamento técnico e ministerial e nego provimento ao presente Recurso com relação a todos os itens apontados nesta irregularidade.**

14 – Ausência de lei caracterizando situações de emergência e de excepcional interesse público nas contratações temporárias – Responsável: Raquel Ferreira Mageste Lessa

O recorrente pugna pela reforma no que se refere à contratação temporária de

servidores, realizadas com base nas Leis Municipais nºs 1.505/05, 1.708/06, 1.718/07, 1.729/07, 1.797/07, 1.818/08, 1.839/08, 1.852/08, 1.855/08, 1.856/08, 1.864/08, 1.865/08 e 1.866/08, ante a ausência das hipóteses de necessidade temporária de excepcional interesse público, violando, assim, o art. 37, IX, da CF/88, bem como o entendimento do Supremo Tribunal Federal nas ADI 3210/PR, ADI 2987/SC e ADI 890/DF.

Em contrarrazões, informam os recorridos que o Ministério Público do Estado do Espírito Santo ajuizou Ação Civil Pública, sob o nº 045.07.001900-0 e tramita perante a 1ª Vara da Comarca de São Gabriel da Palha, cujo objeto é justamente o questionamento das citadas contratações. Nesse contexto, alega que no decorrer do trâmite processual o Município já deflagrou dois concursos públicos de provas e títulos. Traz ainda a seguinte manifestação do Promotor de Justiça Rodrigo Koehler Gürtler nos autos judiciais à fl. 926:

“(…) que a presente ação atingiu seu objeto, qual seja, erradicou o desequilíbrio anteriormente existente entre o quantitativo do número de servidores efetivos em relação ao número de servidores contratados temporariamente”.

Ao final, alega que todas as contratações foram feitas para atender situações emergenciais e/ou excepcionais, havendo edição de lei específica para regulamentá-las.

Em complemento, alega a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa que, com relação aos contratos questionados neste processo do ano de 2008, realizou-se as contratações na certeza de que estava no estrito cumprimento da lei, cuja validade jamais foi contestada. Informa que hoje o Município já dispõe de Lei Geral que disciplina a Contratação Temporária, na forma exigida por esta Corte. Lembra ainda que nem mesmo o Estado do Espírito Santo, até o ano de 2015, possuía uma Lei Geral que definisse os casos de contratação por tempo determinado na forma exigida pelo MP de Contas para o Município de São Gabriel da Palha, no exercício de 2008 e anos anteriores.

Segundo a área técnica, embora tenha o Município, posteriormente, em 2010, editado

lei nos moldes determinados pela Constituição Federal para as contratações temporárias, o fato é que no exercício de 2008, sobre o qual incidiu a ação fiscalizatória deste Tribunal, a situação encontrada em São Gabriel da Palha carecia de amparo legal, motivo pelo qual se sustentou, na ITC 4178/2013, a manutenção da irregularidade.

Pois bem. O artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal prevê que *“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”*. A lei 8.745/1993, disciplinando a matéria, dispõe em seu artigo 2º o rol taxativo acerca das hipóteses consideradas *“necessidade temporária de excepcional interesse público”*. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a matéria, na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 2229, manifestou-se no sentido de que os requisitos para este tipo de contratação são: *“a) deve existir previsão em lei dos casos possíveis; b) devem ter tempo determinado; c) devem atender à necessidade temporária; d) a necessidade temporária deve ser de interesse público; e) o interesse público deve ser excepcional”*.

Destaca-se que o dispositivo constitucional não se refere à lei específica ou de caráter geral, sendo certo que, conforme relatado, houve autorização legal por meio das Leis nº 1.505/2005, 01.677 e 1.708/2006, 1.718, 1.729 e 1.797/2007, 1.818, 1.839, 1.852, 1.853, 1.855, 1.856, 1.859, 1.864, 1.865 e 1.866/2008, não se podendo, em razão disso, alegar que houve contratações sem autorização legislativa ou que não fora caracterizada a necessidade de tais contratações, a despeito de não haver, naquele ano, uma lei de caráter geral, que defina quais as situações de necessidades temporárias de excepcional interesse público.

Ademais, já fora providenciada a lei de caráter geral no exercício de 2010, não se pretendendo convalidar as leis de 2008 e anteriores, mas demonstrar que as contratações foram autorizadas pelo legislativo municipal, motivo pelo qual **divirjo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

2.2.13 – Ausência de razoabilidade na fixação de vencimento em concurso público municipal – item 1.18 da ITC 4178/2013 – Responsável: Raquel Ferreira Mageste Lessa.

Embora esta irregularidade não tenha sido tratada no Acórdão recorrido, o Ministério Público de Contas se insurge contra ela, afirmando que a equipe de auditores constatou que o valor oferecido para os médicos plantonistas, a título de vencimento, no Edital de Concurso Público n. 001/2008, foi de R\$ 1.512,00 mensais (para uma carga horária de 20 horas semanais), contrapondo-se com os R\$ 800,00 e R\$ 900,00 oferecidos aos médicos temporários, por plantão de 24 horas realizado, respectivamente, nos dias de semana e sábado, domingo e feriados, respectivamente, contratados temporariamente, através das Leis n. 1.505/05, 1.708/06, 1.729/07, 1.797/07, 1.839/08, 1.852/08, 1.853/08, 1.864/08 e 1.866/08.

Deste modo, em cálculo rápido tem-se que um médico efetivo ganharia R\$ 18,90 por hora trabalhada, enquanto um médico contratado receberia entre R\$ 33,34 a R\$ 37,50, a depender do dia do plantão, por hora trabalhada.

Diante dessa constatação, alega o recorrente que a discrepância de valores revelada – quase o dobro, configura deslealdade do administrador público, ensejando a desistência dos interessados em participar do certame e, conseqüentemente, perpetuação das contratações temporárias pelo município.

Os recorridos alegam que um aumento salarial abrupto para os médicos redundaria, indubitavelmente, no efeito cascata de pedidos de equiparação dos demais servidores detentores de nível superior, gerando um efeito reflexivo que iria se concluir na extrapolação do limite de gasto com pessoal fixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em complemento, a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa faz as seguintes indagações:

1. Por qual MOTIVO uma Prefeita de um município do interior, cujo cidadão sofre no cotidiano pela falta de médicos, iria afugentar candidatos ao concurso público, se tantos outros cargos públicos de menor importância, também integraram o edital e obtiveram candidatos habilitados para o seu provimento?
2. Por que a então Prefeita iria afugentar só os MÉDICOS? Por quais MOTIVOS?
3. Não são esses fundamentais para a garantia da saúde pública no Município?

Alega que contratar pessoal temporário implica na oportunidade de, a qualquer

momento, alterando a realidade local ou com redução de demanda ou ainda com a queda de receita, fazer adequações nas despesas, enquanto isso não é possível ao pessoal efetivo.

A área técnica recursal concordou integralmente com a opinião lançada na ITC 4178/2013, no sentido de que não foi possível apurar a alegada falta de razoabilidade na fixação desses vencimentos, pois não há elementos que permitam estabelecer um comparativo entre os vencimentos dos médicos nos municípios da região. Lembra que o Gestor municipal deve observar sempre as disposições contidas na Lei de Responsabilidade Fiscal, seja em relação ao gasto com saúde, seja em relação ao gasto com despesas de pessoal, evitando assim o desequilíbrio em suas contas, o que resultaria em consequências nefastas para todo o município.

Conclui a área técnica que, *“embora assista razão ao Recorrente quanto à necessidade de implementação de mudanças no planejamento dos cargos de provimento efetivo e suas respectivas remunerações, a fim de se evitar um sem número de contratações temporárias que, de tão repetitivas passam a ser permanentes, a questão é muito mais complexa do que simplesmente exigir do gestor a adequação do quantum remuneratório, sem considerar todas as implicações e impactos decorrentes de tal exigência”*.

Ante o exposto, **divirjo do Ministério Público de Contas e acompanho o opinamento técnico no sentido de afastar a presente irregularidade.**

15 – Contribuições previdenciárias recolhidas em atraso e sem correção dos valores e pagamento de multas e juros.

O recorrente pugna a reforma do acórdão quanto ao recolhimento de contribuições previdenciárias em atraso, sem a correção dos valores e o pagamento de multa e juros, ao argumento de que houve violação ao art. 65 da Lei n. 1.638/06:

Art. 65 – As contribuições pagas em atraso ficam sujeitas à atualização pelo índice dos tributos municipais, além da cobrança de juros de mora de 1% (um por cento) por mês de atraso ou fração e multa de 2% (dois por cento), todos de caráter irrelevável, sem prejuízo da responsabilização e das demais penalidades previstas nesta Lei e legislação aplicável.

Completa o recorrente afirmando que *“além do mais, a promessa de correção da irregularidade, desacompanhada de prova contundente dos atos praticados, não se mostra apta a suprimir qualquer que seja o apontamento. Por fim, inadequado cogitar que o relato técnico se fundamentou em informações verbais, uma vez que as documentações relacionadas ao apontamento estão dispostas às fls. 1889/2050 dos autos”*.

A defesa alegou que se houve recolhimento do valor da contribuição fora do prazo sem os acréscimos legais, o fato se constitui em mero equívoco, que inclusive, não foi observado sequer pelos órgãos competentes da Instituto de Previdência. Não obstante, alega que a Prefeita constituirá Comissão Especial para averiguar a possível irregularidade e em sendo confirmada determinará o recolhimento do valor devido ao Instituto de Previdência.

E acrescenta novamente a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa alegando que nem o próprio Instituto de Previdência do Município identificou os atrasos, bem como a Auditoria do Ministério da Previdência Social visitou o Município de São Gabriel da Palha e auditou os exercícios financeiros de 2004 a 2010, mas também não identificou qualquer recolhimento em atraso. Afirma ainda que, conforme pode ser observado no documento anexo (PLANILHA DE CONTRIBUIÇÕES AORPPS – SERVIDORES ATIVOS – PREFEITURA), onde foram feitos levantamentos ano a ano, desde o exercício de 2004 até o mês de fevereiro de 2010, não foi encontrada nenhuma irregularidade em razão de falta ou atraso nos recolhimentos feitos pelo Município.

Outro fato que chama a atenção é a seguinte alegação da prefeita:

Acerca do recolhimento da contribuição, em nenhum momento a Prefeita Municipal foi consultada se deveria ser feito o pagamento do valor original ou com os acréscimos legais (juros e multa). Assim, não pode a mesma ser penalizada por um ato, tido como irregular, de estrita competência dos servidores do quadro financeiro da Prefeitura Municipal. ”

De fato, a prefeita não pode ser responsabilizada isoladamente por atos que invariavelmente envolveriam servidores do setor financeiro, os quais não foram citados para responder nos autos.

Tenho defendido a tese de que nos casos denominados “micro gestão”, os quais envolvam uma multiplicidade de atos, ocorrem no dia a dia da gestão pública e não são da responsabilidade da alta administração, uma vez que têm seus gestores específicos, as irregularidades que ocorrem nessa área não podem ser automaticamente imputadas aos ordenadores de despesas, sejam eles Presidentes, Prefeitos, Secretários ou Diretores gerais. São questões que não estão ao alcance direto dos gestores da alta administração.

Entretanto, caso algo seja latente que tenha a participação ou a obtenção de vantagem para a alta administração ou que ela tenha sido alertada, aí sim caberá a responsabilização, inclusive da Prefeita. Porém, não é o que se observa no presente caso.

Ademais, o acórdão recorrido decidiu ao fundamento de que houve um mal-entendido nas conclusões técnicas, haja vista que não foi alegado desconhecimento da lei, mas do fato relatado. Além disso, considerou o comprometimento da gestora em ordenar a apuração e correção dos fatos, motivo pelo qual **divirjo do opinamento técnico e ministerial e nego provimento a este item do Recurso.**

16 – Pagamentos de diárias com suprimento de fundos – Responsável: Raquel Ferreira Mageste Lessa –

Finalmente, o recorrente pugna pela reforma do acórdão no tocante às irregularidades nas despesas com diárias realizadas por meio de adiantamento ou concessão de suprimento de fundos.

Para fundamentar sua pretensão recursal, traz o MP de Contas o art. 68 da Lei n. 4.320/64, o art. 60, parágrafo único da Lei n. 8.666/93 e o art. 3º da Lei Municipal n. 1.115/98 (revogada), *in verbis*:

Lei n. 4.320/64

Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.

Lei 8.666/93

Art. 60. [...]

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Lei 1.115/98

Art. 3º Os pagamentos a serem efetuados por meio do regime de Adiantamento restringir-se-ão aos casos previstos nesta Lei e sempre em caráter de exceção.

E completa a fundamentação alegando que não restou verificado nos autos quaisquer justificativas para se admitir que todos os gastos com diárias não pudessem aguardar o processamento normal de despesas públicas.

Em suas contrarrazões, afirmam os recorridos que, analisando os Acórdãos citados à fl. 2118, é possível observar que a forma adotada pela Prefeitura Municipal para a realização da despesa (diária de servidor) está em harmonia com o posicionamento dessa Corte de Contas, isso porque a despesa com diária de servidor não pode subordinar-se ao processo normal do emprego da dotação. Alega que não justifica a formalização de um processo contábil-financeiro para cada diária a ser paga ou concedida.

Ressaltam que os recursos repassados às Secretarias Municipais para pagamento de diárias são aplicados à conta das dotações orçamentárias destinadas à execução da despesa: 333901400 – Diárias – Pessoal Civil. Logo, tratam-se de atos praticados com base em Lei Municipal, devidamente regulamentada por Decreto Municipal. Observam ainda que o art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 permite entender que o percentual de 5% do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea a, do mesmo diploma se refere a pequenas compras de pronto pagamento.

Em acréscimo, alega a Sra. Raquel Ferreira Mageste Lessa que no Município de São Gabriel da Palha sempre foi adotado como regra, para pagamento de diárias aos Servidores, o procedimento da Lei Municipal nº 1.115/98. Assim, lembra que não foi apenas a defendente (ex gestora) que assim procedeu, mas todos os ex gestores, até o recebimento da citação do TCEES, quando, acatando a orientação desse Tribunal, foram feitas adequações nos procedimentos na forma orientada. Invoca o princípio da

isonomia e afirma que não é justo ser punida, tendo em vista que apenas cumpriu procedimento já pacificado, segundo interpretação da lei vigente no município.

O Conselheiro-Relator considerou que:

Desta feita, entendo que assiste razão à área técnica quanto à realização de despesas com diárias pelo processo normal de pagamento, haja vista que a Administração não precisa, como alegou a responsável, empenhar individualmente as diárias de cada servidor, podendo fazer um empenho estimativo para cada Secretaria ou órgão, complementando-o sempre que necessário, de forma que, quando necessário, é somente fazer o pagamento. Lado outro, o procedimento adotado pela administração municipal encontra-se amparado em lei, como alegado, a qual foi devidamente regulamentada por decreto, razão pela qual, não se pode apenar o gestor, carecendo, no caso, de expedição de determinação no sentido de que o procedimento seja revisto, e adotado o entendimento correto quanto à realização da despesa com diária pelo processo normal de pagamento.

A área técnica entendeu que o pagamento de diárias aos servidores municipais por meio de adiantamentos ou concessão de suprimentos de fundos é situação excepcional ao regime ordinário de contratação para a realização de despesas que, em razão de sua natureza ou urgência, justificam a adoção de um procedimento diferenciado, o que não corresponde ao caso em apreço.

De fato, não se deve apenar os ex gestores por terem estritamente cumprido a lei, ainda que o procedimento adotado não seja o correto, no entendimento desta Corte. Assim, em respeito ao Princípio da Legalidade e da Segurança Jurídica, com respaldo no art. 24 e seu parágrafo único da LINDB¹⁷, entendo desproporcional a declaração de irregularidade, sendo suficiente a determinação expedida no acórdão de origem.

Dessa maneira, **divergindo do entendimento técnico e ministerial, nego provimento com relação a este item do Recurso.**

DA REFORMATIO IN MELLIUS

¹⁷ Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Conforme já me posicionei anteriormente, mais especificamente no Acórdão TC 390/2019, fazendo uma analogia entre o processo administrativo que ora se analisa com o processo penal, observo que o presente caso se amolda ao instituto utilizado no âmbito do Processo Penal denominado “*Reformatio in mellius*”, sobre o qual importa delimitar seu conceito:

Entende-se que, se o recurso for exclusivo da acusação (Ministério Público ou querelante), o tribunal pode reconhecer e aplicar ao réu reprimenda mais benéfica em relação àquela constante da sentença (diminuição da pena), na medida em que o artigo 617 só proíbe a *reformatio in pejus*.¹⁸

Parte da doutrina tem se mostrado favorável à utilização do instituto em casos nos quais o recurso é apresentado pelo órgão de acusação, mesmo sem recurso da defesa, entendendo que não há empecilho para que seja corrigida, de ofício, evidente injustiça:

Se o Ministério Público apela para agravar a pena, nada obsta possa o órgão ad quem agravá-la, mantê-la, diminuí-la ou, então, absolver o réu. Se este foi condenado pelo órgão de 1º grau por uma infração e absolvido por outra, num simultaneus processus, havendo apenas recurso do Ministério Público objetivando convolar a absolvição em condenação, nada impede possa o Tribunal, entendendo que a condenação foi iníqua, proferir decisão absolutória, malgrado a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, explica-se tal particularidade. É que o Estado, por intermédio de seu órgão oficial acusatório, que é o Ministério Público, não teria, como não tem, nenhum interesse na manutenção de uma sentença iníqua.¹⁹

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, tem se inclinado, em seus julgados, pela admissão da *Reformatio in Mellius*:

Em sede de recurso exclusivo da acusação, o Tribunal não está impedido de, ao constatar patente erro na condenação, corrigir a sentença, amenizando a situação do réu, dada a relevância que a Justiça deve conferir à liberdade humana. O que é vedado no sistema processual penal é a *reformatio in pejus*, como inscrito no art. 617, do CPP, sendo admissível a *reformatio in mellius*, o que ocorre na hipótese em que o Tribunal, ao julgar recurso da acusação, diminui a pena prevista do réu.²⁰

Ou ainda:

¹⁸ Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1748/Reformatio-in-mellius>>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, 25ª. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 425.

²⁰ REsp 437.181/SP, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª. T., j. 01.04.2003, DJ 28.4.2003, p. 269

Nada há que impeça a *reformatio in melius* em face de recurso exclusivo do Ministério Público. Isto porque a impugnação do Ministério Público não guarda em seu bojo limitações ao poder do juízo *ad quem*. Tanto é que o mesmo Ministério Público que acusa pode, ante a fatos novos, pleitear a absolvição. Se o tribunal pode conceder habeas corpus ex officio, nada impede que, ante a recurso exclusivo da acusação, abrande-se a situação do acusado.²¹
O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que "é admitida a *reformatio in melius*, em sede de recurso exclusivo da acusação, sendo vedada somente a *reformatio in pejus*."²²

Desta forma, ainda que o presente recurso tenha sido interposto pelo ministério Público de Contas, visando agravar a situação dos Srs Sergio Fabiano de Souza Dias, Tiago Guimaraes Teixeira, Erliton de Mello Braz, Henrique Mauri, Dulcineia da Penha Lovo Cardoso, Edvaldo Soares Silva, Maria de Fatima Ventura Coutinho, Antônio Clovis De Nadai e Raquel Ferreira Mageste Lessa – Ex-Prefeita, entendo, diante do caso concreto, perfeitamente aplicável o instituto do *Reformatio in melius* para amenizar a situação dos recorridos, conforme itens 7, 8 e 2.2.13 do Acórdão TC 865/2015 item 1.18 da ITC 4178/2013.

Ante todo o exposto, **acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas**, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO

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

1.1. Conhecer o presente Pedido de Reexame;

1.2. No mérito, dar provimento parcial ao Recurso interposto pelo Ministério Público de Contas, e **admitir a reformatio in melius** nestes autos, para reformular o Acórdão

²¹ REsp 168.557/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª. T., j. 13.09.2000, DJ 18.12.2000, p. 224.

²² HC 368973 / SP, Rel. Min Ribeiro Dantas, 5ª. T. j. 20/02/2018, DJ 26/02/2018.

TC-865/2015 – Primeira Câmara, conforme segue:

1.2.1. Acolher as razões de justificativas da Sra **Raquel Ferreira Mageste Lessa** – Ex Prefeita de São Gabriel da Palha, com relação aos itens **7 – Controle patrimonial inadequado, 8 – Ausência de procedimento licitatório e 2.2.13 – Ausência de razoabilidade na fixação de vencimento em concurso público municipal – item 1.18 da ITC 4178/2013;**

1.3. Dar ciência aos interessados;

1.4. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 05/11/2019 – 39ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral do Ministério Público de Contas

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões