

ATOS DO PLENÁRIO.....	1
Acórdãos e Pareceres - Plenário.....	1
ATOS DA 2ª CÂMARA.....	38
Acórdãos e Pareceres - 2ª Câmara.....	38
ATOS DOS RELATORES.....	43
ATOS DA PRESIDÊNCIA.....	43

ATOS DO PLENÁRIO

Acórdãos e Pareceres - Plenário

ACÓRDÃOS

NOTIFICAÇÃO do conteúdo dispositivo dos Acórdãos, nos termos do artigo 161-A da Resolução TC nº 182/2002 (Regimento Interno), com a redação dada pela Resolução TC nº 224/2010, DOE 20.12.2010, para fins do artigo 66, parágrafo único, da Lei Complementar nº 621/2012, encontrando-se os autos disponíveis na Secretaria Geral das Sessões do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. O inteiro teor dos Acórdãos se encontra disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

ACÓRDÃO TC-454/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-218/2014 (APENSOS: TC - 667/2014, TC 668/2014 E TC 6214/2012)

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO

REPRESENTANTES - JOÃO VAILATI FIDÊNCIA, SINDICATO DOS TAXISTAS E CONDUTORES ANÔNIMOS DE VEÍCULOS RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (SINDITAXI), ASSOCIAÇÃO DOS TAXISTAS E DEFENSORES DO CENTRO DE GUARAPARI (ATDEG) E SINDICATO DOS MOTORISTAS DE TÁXI NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (DINDTAVI-ES)

RESPONSÁVEIS - ORLY GOMES DA SILVA E IVETE DA SILVA ALMEIDA LOSS

EMENTA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI - EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 008/2012 - 1) IMPROCEDÊNCIA - 2) NÃO CONHECER IRREGULARIDADE DO ITEM 9.8 DO ANEXO IV DO EDITAL POR NÃO SE TRATAR DE MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS - 3) REVOGAR MEDIDA CAUTELAR - 4) RECOMENDAÇÃO - 5) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 Relatório

Versam os presentes autos de **Representações** com pedido de concessão de **medida cautelar** apontando indícios de irregularidades no procedimento licitatório Concorrência Pública nº 008/2012 da Prefeitura Municipal de Guarapari visando selecionar pessoas Físicas (autônomos) e Jurídicas (Empresas), para delegação, mediante Permissão, para a exploração do serviço de transporte individual de passageiros e bens (táxi).

Inicialmente, foi protocolada pela Associação dos Taxistas e Defensores do Centro de Guarapari (ATDEG) a Representação constante do **Processo TC 6214/2012** em apenso. Após o trâmite regular, o Plenário desta Egrégia Corte de Contas julgou parcialmente procedente a Representação, declarando a ilegalidade das Cláusulas 3.3.2 e 3.3.3, determinando-se sua retificação nos seguintes termos

(**Acórdão TC 44/2013** - fls. 044/2013):

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-6214/2012, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia vinte e um de fevereiro de dois mil e treze, sem divergência, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Domingos Augusto Taufner:

1. Julgar parcialmente procedente a presente Representação em face da Prefeitura Municipal de Guarapari, sob a responsabilidade dos Srs. Edson Figueiredo Magalhães, Prefeito Municipal, e Ivete da Silva Almeida Loss, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, no exercício de 2012;

2. Declarar a ilegalidade das cláusulas 3.3.2 e 3.3.3 do Edital de Concorrência nº 008/2012, devendo o Município de Guarapari promover a retificação do Edital;

3. Determinar à municipalidade que, após a retificação do Edital, observe a reabertura dos prazos aplicáveis à espécie licitatória em curso, fazendo-se prova junto a esta Corte de Contas, cientificando-o de que, se não atendido, o Tribunal sustará o ato impugnado e aplicará multa ao(s) responsável(s), sem prejuízo de se comunicar o fato ao Poder Legislativo Municipal, na forma do art. 110 da Lei Complementar 621/2012;

Ressalta-se que as cláusulas 3.3.2 e 3.3.3 previam estarem impedidos de participação na licitação os atuais autorizatários, concessionários ou permissionários, pessoa física (profissional autônomo) de serviços públicos ou de interesse público federal, estadual ou municipal (cláusula 3.3.2), bem como as pessoas que recebem proventos de aposentadoria ou reserva militar pagos por órgãos públicos federais, estaduais, ou municipais, seja este administrado direta ou indiretamente (cláusula 3.3.3).

Em adequação ao que restou decidido no Acórdão TC-044/2013, o Município de Guarapari, por intermédio de seu Procurador, apresentou a este Tribunal minuta do novo edital de licitação (fls. 567/615).

Ato contínuo, a área técnica procedeu à análise do novo edital na **Análise Técnica de Edital de Licitação AE-L 1/2014** (fls. 619/626), concluindo-se pela realização das alterações determinadas e exclusão das cláusulas consideradas ilegais.

Foi, então, elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva ITC 291/2014** (fls. 680/682), opinando pela extinção do processo e consequente arquivamento, tendo sido procedido o apensamento aos presentes autos (Despacho - fl. 686).

Após publicação no Diário Oficial do novo edital da Concorrência Pública 008/12, foi protocolada nesta Corte de Contas a Representação constante dos presentes autos (**Processo TC 218/2014**), com pedido de provimento liminar cautelar *inaudita altera parte*, pelo Sindicato dos Taxistas e Condutores Autônomos de Veículos Rodoviários do Estado do Espírito Santo (SINDITAXI), perante a qual foi emitida a **Decisão Monocrática Preliminar DECM 63/2014** (fls. 97/104) concedendo a medida cautelar e suspendendo o procedimento licitatório, decisão ratificada pelo Plenário desta Corte através da **Decisão TC-001/2014** (fls. 110/111).

O representante aponta como exigências restritivas e ilegais as seguintes cláusulas:

1 - Cláusula nona, item 9.8 do Anexo IV - O permissionário terá sua permissão extinta nos casos previstos em regulamento, bem como nos casos de falecimento, invalidez permanente, incapacidade declarada judicialmente, renúncia, revogação, anulação, caducidade, dentre outros, além das ocorrências de perda do direito de dirigir em Leis e Decretos que regulamentam os serviços.

Neste item o Representante alegou infringência à Lei nº 12.865 de 09/10/2013, que alterou o art. 27 da Lei nº12.587/2012, em

Corpo Deliberativo - Conselheiros

Domingos Augusto Taufner - Presidente
Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun - Vice-Presidente
Sérgio Aboudib Ferreira Pinto - Corregedor
José Antônio Almeida Pimentel - Ouvidor
Sebastião Carlos Ranna de Macedo
Sérgio Manoel Nader Borges

Corpo Especial - Auditores

Márcia Jaccoud Freitas
João Luiz Cotta Lovatti
Marco Antônio da Silva
Eduardo Perez

Ministério Público Especial de Contas - Procuradores

Luís Henrique Anastácio da Silva - Procurador-Geral
Luciano Vieira
Heron Carlos Gomes de Oliveira

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

Rua José Alexandre Buaiz, 157
Enseada do Suá, Vitória, ES
CEP 29050-913 - 27 3334-7600

Projeto Gráfico e Editoração
Assessoria de Comunicação

especial os §§ 2º e 3º do art. 12-A.

2 – item 5.6.2 – envelope 02 - item 5.6.2.1 – pessoa física [..]

c) comprovante de exercício profissional como motorista, o que poderá ser feita através de cópias autenticadas da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, do Contrato de Trabalho ou declarações de Órgãos ou Empresas responsáveis pelas prestações destas atividades;

e) Comprovante de conclusão de cursos de línguas estrangeiras, com no mínimo 40 horas/aula.

f) Comprovante de conclusão de cursos de Relações Humanas, Direção Defensiva ou Primeiros Socorros;

g) Comprovante de efetivo tempo de serviço como motorista de taxi, o que poderá ser comprovado mediante Declaração fornecida exclusivamente pelo Órgão Gestor do Serviço de Taxi.

Quanto a estes quesitos, sustenta o representante que não podem constar como exigência do envelope 2, mas sim como pontuação ou vantagens, conforme consta do item 9.1.1 (fl. 57), por entender serem itens que impedem o direito constitucional de concorrer em igualdade de condições.

Em seguida, a Associação dos Taxistas e Defensores do Centro de Guarapari (ATDEG) também apresentou Representação com pedido de provimento liminar cautelar *inaudita altera parte* no tocante ao edital retificado da Concorrência Pública 008/2012, apontando como irregulares os seguintes ponto do edital:

1 - Cláusula nona, item 9.8 do Anexo IV – O permissionário terá sua permissão extinta nos casos previstos em regulamento, bem como nos casos de falecimento, invalidez permanente, incapacidade declarada judicialmente, renúncia, revogação, anulação, caducidade, dentre outros, além das ocorrências de perda do direito de dirigir em Leis e Decretos que regulamentam os serviços.

2 – item 5.6.2 – envelope 02 - item 5.6.2.1 – pessoa física [..]

c) comprovante de exercício profissional como motorista, o que poderá ser feito através de cópias autenticadas da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, do Contrato de Trabalho ou declarações de Órgãos ou Empresas responsáveis pelas prestações destas atividades;

e) Comprovante de conclusão de cursos de línguas estrangeiras, com no mínimo 40 horas/aula.

f) Comprovante de conclusão de cursos de Relações Humanas, Direção Defensiva ou Primeiros Socorros;

g) Comprovante de efetivo tempo de serviço como motorista de táxi, o que poderá ser comprovado mediante Declaração fornecida exclusivamente pelo Órgão Gestor do Serviço de Táxi.

Considerando que o procedimento atacado já se encontrava suspenso em razão da Decisão Monocrática Preliminar 63/2014 (fls. 97/104), ratificada pelo Plenário desta Corte através da Decisão TC-001/2014 (fls. 110/111), foi concedido novo prazo para apresentação de justificativas pelos responsáveis e determinado que, após as manifestações dos interessados, fossem os autos encaminhados para elaboração de manifestação conclusiva (**Decisão Monocrática Preliminar DECM 95/2014** - fls. 492/494).

Finalmente, mediante os **Processos TC 667/2014 e 668/2014**, o senhor João Vailati Fidência, representando o Sindicato Profissional dos Motoristas de Táxi no Estado do Espírito Santo (SINDTAVI-ES), e também de forma particular, protocola Representações de conteúdo idêntico, com pedido de suspensão do prazo para a apresentação de propostas e a devida republicação do Edital, de todos os seus anexos e avisos legais, em face de possíveis irregularidades constantes do ato convocatório da mesma Concorrência Pública nº 008/2012, publicado no DIO-ES na data de 13 de dezembro de 2013.

Em ambas Representações, o requerente trouxe os seguintes pedidos:

a) Excluir do item 2.1 do Art. 2º do Edital, assim como em todas as demais citações, a expressão: TIPO MELHOR OFERTA TÉCNICA, por afrontar o disposto no art. 46 da Lei 8.883/84;

b) Excluir a alínea c do item 9.1.1 que trata do critério de pontuação por tempo de habilitação;

c) Incluir na alínea d do item 9.1.1 a previsão de pontuação em relação a veículo de fabricação 2014;

d) Excluir a alínea e do item 9.1.1 que trata do critério de pontuação por fator de língua estrangeira;

e) Excluir a alínea g do item 9.1.1 que trata do critério de pontuação por fator CNH;

f) Excluir do Anexo I, item 2.3 a previsão de destinação de 03 (três) lotes para pessoa jurídica, por afrontar o princípio da igualdade de oportunidades entre as partes concorrentes.

Considerando que o procedimento atacado já se encontrava suspenso, nos termos da Decisão Monocrática Preliminar 63/2014, proferida nos presentes autos (fls. 97/104 - Processo TC 218/2014), e que já havia sido disparada notificação para os responsáveis, foi procedida

nova notificação para que os responsáveis se pronunciassem sobre mais essas Representações (**Decisão Monocrática Preliminar DECM 110/2014** - fls. 28/30 do Processo TC 667/2014 e **Decisão Monocrática Preliminar DECM 111/2014** - fls. 59/62 do Processo TC 668/2014).

Tendo os responsáveis se manifestado às fls. 38/42 do Processo TC 667/2014 e fls. 69/73 do Processo TC 668/2014, foi procedido o apensamento de ambos processos aos presentes autos.

A conclusão do Núcleo de Cautelares acerca de todos os processos acima elencados foi manifestada na **Instrução Técnica Conclusiva ITC 1429/2014** (fls. 531/548 dos presentes autos), opinando, preliminarmente, pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 12-A da Lei 12.587/2012, nos termos do artigo 332 do Regimento Interno, bem como pela improcedência de todas as inconsistências apontadas nas Representações em tela, nos termos do art. 95, inciso I da Lei Complementar 621/2012.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público de Contas à fl. 582, em Parecer do Excelentíssimo Procurador de Contas Luís Henrique Anastácio da Silva.

É o relatório. Passo a fundamentar.

2 Fundamentação

Compulsando acuradamente os autos, verifico que o feito encontra-se devidamente instruído, portanto, apto a um julgamento, eis que observados todos os trâmites legais e regimentais.

Relativamente às irregularidades constantes dos itens **2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8 e 2.9, ratifico integralmente** o posicionamento da Área Técnica e do Ministério Público Especial de Contas para tomar como razão de decidir a fundamentação exarada na Instrução Técnica Conclusiva ITC 1429/2014, que aqui se transcreve:

2.1. Descumprimento do disposto no Acórdão 44/2013 (processo TC-218/2014, fls. 123/131)

No que tange às alegações de descumprimento das disposições do Acórdão 44/2013 e consequente retificação do Edital, a área técnica desta E. Corte de Contas já se manifestou pela Análise Técnica de Edital de Licitação AE-L 1/2014, fls. 619/626 do processo TC-6214/2012, encampada pela Instrução Técnica Conclusiva ITC 291/2014, fls. 680/682 do mesmo processo.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.2. Participação de Pessoa Jurídica no Certame (processo TC-218/2014, fls. 123/131) (processo TC-667/2014 e 668/2014)

A outorga de serviços públicos, por meio de permissão, a pessoas jurídicas, é permitida pela legislação, conforme dispõe o artigo 2º, inciso IV da Lei 8.987/95, transcrito a seguir:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente **à pessoa física ou jurídica** que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (.g.n.)

Tendo em vista a disposição legal supra, a Administração poderá, a seu interesse, realizar a outorga da prestação de serviços públicos a pessoas jurídicas ou físicas desde que demonstrada a capacidade para o desempenho por conta e risco daquelas.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.3. Irregularidade da utilização de Permissão, devendo-se utilizar Autorização (processo TC-218/2014, fls. 123/131)

Vale trazer à lume as disposições de José dos Santos Carvalho Filho sobre a Autorização e Permissão. De acordo com o autor, não há autorização para prestação de serviço público. Independente do instrumento formal utilizado (autorização ou permissão), a essência deve prevalecer, ou seja, será permissão quando for delegada a prestação de serviço público. É o que se extrai de sua obra:

Na verdade, **não há autorização para a prestação de serviço público**. Este ou é objeto de concessão ou de permissão. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público. (...)

É certo que pode haver equívoco na rotulação dos consentimentos estatais. **Cumpra, entretanto, averiguar a sua verdadeira essência**. Ainda que rotulada de autorização, **o ato será de permissão se alvejar o desempenho de serviço público; ou, ao contrário, se rotulado de permissão, será de autorização se o consentimento se destinar à atividade de interesse do particular**.

Além disso, há o argumento que consideramos definitivo: **a Constituição Federal, ao referir-se à prestação indireta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175)**. Parece-nos, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que o ato de autorização não pode consentir

o desempenho de serviços públicos. (g.n.)

O transporte público de passageiros, coletivo ou individual, é serviço público e, aliado ao entendimento doutrinário trazido, trata-se de PERMISSÃO. Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.4. Não observância das placas de táxi já existentes no Município (processo TC-218/2014, fls. 123/131)

Sobre o tema vale trazer à análise as disposições da Lei 8.987/95, que regula o artigo 175 da CF/88, especificamente os artigos 42 e 43, transcritos a seguir:

Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (...).

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Conforme depreende do texto legal, as concessões e permissões anteriores à Lei 8.987/95 continuarão vigentes pelo prazo fixado no contrato/ato de outorga OU serão extintas, caso não tenha havido prévia licitação.

Dessa forma, as placas já existentes, **se outorgadas mediante procedimento licitatório**, devem prosseguir pelo prazo determinado no edital; **se não houver prévio procedimento licitatório**, devem ser extintas, podendo a Prefeitura Municipal atribuí-las a novos permissionários, mediante a Concorrência Pública nº 008/2012.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.5. Irregularidade no Item 15.1 do Edital, versando sobre fixação de um valor baseado em viabilidade econômica;

A Representante ATDEG representou o seguinte ponto:

Também merece destaque da Representante, o contido no item 15.1 de questionado Edital, que fixou um valor baseado na viabilidade econômica do objeto licitado, alinhado com a natureza do serviço a ser prestado pelo permissionário. Ora, se o taxista não prestará serviços ao Município e nem este poderá interferir na atividade autônoma reconhecida pela Lei Federal, mas, apenas fiscalizar o cumprimento das prerrogativas para seu exercício, porque a cobrança de tal valor?

O referido item 15.1 dispõe:

15.1 - Considerando a viabilidade econômica do objeto a ser licitado em alinhamento com a peculiaridade da natureza do serviço a ser prestado pelos permissionários, fixa-se para efeitos do tipo de licitação o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) por permissão, tanto para pessoas jurídicas como para pessoas físicas.

15.2- Ainda, em razão das particularidades que envolvem a prestação do serviço licitado, o pagamento da importância fixada, por permissão, poderá ser realizada em até 10 (dez) parcelas iguais e mensais.

Primeiramente vale afirmar que nos casos de permissão, a titularidade do serviço público não é transferida ao permissionário, mantendo-se no Poder Concedente. Por tais razões, a Lei 8.987/95 permite ao Poder Público a intervenção na prestação do serviço, além de outras incumbências:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; (...).

A Lei Complementar Municipal n. 37/2012 estabelece no artigo 8º e parágrafo único que nos casos de permissão, os requisitos, critérios de seleção e as condições serão determinados no Edital.

Assim sendo, há permissão legislativa para o Edital dispor sobre as condições da citada permissão, inclusive fixar valor único a ser pago para os licitantes vencedores, permissionários do serviço público.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.6. Não apresentação da legislação aplicável à Permissão na minuta do Termo de Permissão de Pessoa Física (processo TC-218/2014, fls. 123/131)

A representante, ATDEG, às fls. 126 do Processo TC-218/2014, informou o que segue:

"O item "2." Do anexo IV assevera que a legislação constante do subitem "2.1" integrará a Minuta do termo de Permissão Pessoa Física, porém, as leis apontadas não foram colocadas."

Analisando a documentação acostada, é possível verificar, às fls. 186 do mesmo processo, o citado subitem 2.1 do Anexo IV, e este contém as leis aplicáveis ao ato permissionário:

2.1 As Leis Federais n's 8.666/93, 8.987/95 e 9.503/97, bem como a Lei Complementar nº 037/2012 e demais normas supervenientes e decorrentes e suas respectivas alterações.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.7. Item 3.1 do Anexo IV que dispõe sobre a Prorrogação de prazo somente por iniciativa da Administração (processo TC-218/2014, fls. 123/131)

O ponto representado afirma que há afronta a legislação o fato da iniciativa para prorrogação da permissão ser exclusiva da Administração. Não há que se considerar tal situação irregular tendo em vista a natureza da permissão, bem como as regras aplicáveis à permissão.

A disposição da Lei 8.987/95 sobre permissão dispõe se tratar de um contrato de adesão, cujas cláusulas são estipuladas pela Administração, inclusive sua vigência e prorrogação:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante **contrato de adesão**, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, **inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente**.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei. (g.n.) Considerando o **caráter precário** da permissão, se cabe ao Poder Outorgante a competência de, a qualquer tempo, revogar a permissão, é de se deduzir que caberá exclusivamente a ele propor a prorrogação.

Vale informar que nos casos de outorga, a Administração mantém a titularidade do serviço público, cabendo a ela, em conformidade com a legislação, a proposição ou não da prorrogação. Esse é o entendimento de Carvalho Filho:

Os **serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas**, na forma pela qual a Constituição procedeu à partilha das competências constitucionais. Essa titularidade, retratando, como retrata, inequívoca expressão de poder político e administrativo, **é irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa**. Resulta, por conseguinte, que o alvo da descentralização é tão-somente **a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade**. O que muda é apenas o instrumento em que se dá a delegação: numa hipótese, o instrumento é a lei (que, além de delegar o serviço, cria a entidade que vai executá-lo), enquanto na outra é um contrato (concessões ou permissões de serviços públicos para pessoas já existentes). Mas em ambos os casos o fato administrativo é, sem dúvida, a delegação. (g.n.).

Analisando a relação contratual formada nas permissões e concessões, Carvalho Filho atribui supremacia ao ente concedente em relação ao concessionário/permissionário:

(...) constitui **característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente**. Aliás, se esta é característica dos demais contratos administrativos, em que a relação jurídica se cinge ao Estado e ao particular, **com maior razão teria que sê-lo para as concessões, que, como visto, exigem também a participação dos membros da coletividade, não só como destinatários do serviço, mas também como responsáveis pelo pagamento das tarifas**. (g.n.)

Desta forma, considerando a precariedade da permissão e a formalização mediante contrato de adesão, considerando ainda a Administração manter-se titular do serviço público e situar-se em posição de supremacia perante o permissionário, entende-se que a prorrogação será de iniciativa da mesma.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.8. Utilização do tipo de licitação Melhor Oferta Técnica com tarifa fixa (processo TC-218/2014, fls. 123/131) (processo TC-667/2014 e 668/2014)

Os representantes alegaram que a utilização do tipo Melhor Oferta Técnica não é compatível com o objeto do procedimento licitatório Concorrência Pública nº 008/2012, tendo em vista que a Lei 8.666/93, no artigo 46, condiciona a utilização dos tipos "melhor técnica" e "técnica e preço" para serviços intelectuais.

Ocorre que a lei que regula as permissões e concessões de serviço público trata especificamente do prévio procedimento licitatório nos artigos 14 a 22. Vale trazer à análise as disposições do artigo 15, inciso IV, in verbis:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

(...)

IV - **melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;**

Constatado o conflito de normas, traz-se à lume as disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/1942:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...)

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

O parágrafo 2º traz o princípio da especificidade, que pauta pela aplicação da lei específica quando esta for confrontante com a lei geral da matéria. Por tal razão, a lei nova não revoga nem modifica a lei anterior, quando uma destas tratar especificamente sobre a matéria.

Por força deste princípio e entendendo que a Lei 8.987/95 traz normas específicas sobre licitações em matéria de Concessões e Permissões de Serviço Público, o fato apresentado não apresenta indício de irregularidade.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

2.9. Inexigibilidade do procedimento licitatório pela impossibilidade de concorrência entre licitantes (processo TC-218/2014, fls. 123/131)

Quanto à necessidade de licitação, decorre do artigo 175 da Constituição Federal que compete ao Poder Público a prestação de serviços públicos, seja diretamente, seja por concessão ou permissão. Nestes últimos casos, requer-se a licitação, como se vê: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Tomando por base tal disposição, a prestação indireta de serviços públicos deve ser precedida de licitação para que sejam eleitos os mais aptos a prestá-los, atendendo, assim, o interesse público.

A lei 8.987/95, em seu artigo 14, mantém a obrigatoriedade de licitação prévia para as concessões, sendo aplicado também às permissões por força do artigo 40, parágrafo único:

Art. 14. **Toda concessão de serviço público**, precedida ou não da execução de obra pública, **será objeto de prévia licitação**, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. **Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.** (g.n.)

Não resta outra conclusão senão a de que o prévio procedimento licitatório é obrigatório nos casos de concessão e permissão.

No que tange às causas em que há inviabilidade de concorrência, Marçal Justen Filho defende que estas são divisíveis em dois grandes grupos, casos em que não há pluralidade de sujeitos e casos em que a natureza específica do objeto impede a competição, como se vê:

As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve **inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado**. A segunda espécie abrange os casos de **inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado**.

Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. **Não é possível a competição porque existe um único sujeito para ser contratado**.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza numérica, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque **características do objeto funcionam como causas impeditivas**.

O objeto do referido procedimento licitatório não parecer conter características específicas a ponto de inviabilizar a competição e, definitivamente, não se trata de ausência de competidores.

Pelo exposto, sugere-se a improcedência deste ponto.

Relativamente ao item 2.10, os Representantes informaram que as exigências dispostas no Item 5.6.2 do Edital são excessivas e inibem a participação de licitantes no certame. Entenderam se tratar de cláusulas restritivas à competição por apresentarem cláusulas habilitatórias desarrazoadas, nos seguintes termos:

(...) passamos a transcrever também o item 5.6.2 - envelope 02 - proposta técnica, item 5.6.2. 1 - pessoa física -cujas exigências ferem os princípios legais já que privilegiam alguns concorrentes e excluem o direito dos demais profissionais da mesma categoria que não possuem as qualificações exigidas, cerceando o seu direito de participação no certame, tornando ilegal tal exigência.

(...)

A permanência dos itens acima citados mormente a letra e do item 5.6.2.1 na condição de exigência imperativa para que o interessado possa se habilitar no certame como consta do edital ora impugnado, certamente estará ocorrendo flagrante ilegalidade permitindo que os profissionais que não possuem tais exigências, proponham ação de anulação do edital, por ferimento ao princípio constitucional, que garante a todos os brasileiros o direito igualitário de concorrer em igualdade de condições independente de cor, sexo e intelectualidade, mormente no presente caso que os concorrentes trabalharão na condição de autônomos exercendo a profissão de taxista permissionário como preconiza a Lei Federal n° 12.468/2011. Conforme bem registrado na Instrução Técnica Conclusiva ITC 1429/2014, não procede a afirmação dos Representantes de que as disposições do item 5.6.2 referem-se à fase inicial da habilitação.

O item 5 do Edital dispõe sobre a apresentação de envelopes, sendo que serão dois: Envelope 1 - dispendo sobre documentos de habilitação e Envelope 2 - dispendo sobre documentos de proposta técnica.

6.5 Após verificada a habilitação dos licitantes. incluindo o julgamento de eventuais recursos e demais requisitos legais, proceder-se-á a abertura dos Envelopes nº 02 - Proposta Técnica, em data previamente designada pela Comissão Permanente de Licitação;

6.6 Aos licitantes inabilitados ou seus representantes legais serão devolvidos os Envelopes N° 02- Proposta Técnica, devidamente lacrados.

A verificação de tais requisitos está prevista, portanto, para ser realizada na fase de classificação das propostas dos licitantes previamente habilitados.

Entretanto, a conclusão da área técnica, ao não adentrar no mérito da legalidade das cláusulas por se tratar de requisitos a serem observados na fase de julgamento, pode conduzir ao entendimento equivocado de que a vedação às cláusulas restritivas se limita à fase inicial da habilitação.

Entendo ser importante ressaltar que a interpretação das cláusulas editalícias, tanto na fase de habilitação quanto na de julgamento das propostas, deve ter por pano de fundo não comprometer o caráter competitivo do certame e a obtenção da melhor proposta.

Na elaboração de um edital, devem ser estabelecidas apenas as exigências eleitas como indispensáveis para assegurar a regular execução do contrato com cláusulas fundamentais para o adimplemento das obrigações, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição da República, que dispõe:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g. n.)

O Tribunal de Contas da União, através do Enunciado de Decisão nº 351, assim se posicionou:

A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público. (g. n.)

Também o TCU, em orientação publicada no portal portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/.../16%20Fase%20Externa.pdf, reforça ser vedada, na fase de julgamento das propostas, a utilização de qualquer elemento, critério ou fator subjetivo ou reservado, que possa, ainda que indiretamente, afastar o princípio da igualdade entre os licitantes. É inaceitável a proposta que, mesmo vantajosa para a Administração, possa ferir o princípio da isonomia.

Nesse sentido, é mister frisar que a proibição de cláusulas restritivas ao caráter competitivo da licitação refere-se a todas as fases do procedimento licitatório, incluindo, portanto, não apenas a fase de habilitação, mas também a de julgamento das propostas.

Passo, portanto, à análise de mérito quanto à legalidade das cláusulas apontadas como restritivas. São elas:

c) comprovante de exercício profissional como motorista, o que poderá ser feita através de cópias autenticadas da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, do Contrato de Trabalho ou declarações de Órgãos ou Empresas responsáveis pelas prestações destas atividades;

e) Comprovante de conclusão de cursos de línguas estrangeiras, com no mínimo 40 horas/aula.

f) Comprovante de conclusão de cursos de Relações Humanas,

Direção Defensiva ou Primeiros Socorros;

g) Comprovante de efetivo tempo de serviço como motorista de táxi, o que poderá ser comprovado mediante Declaração fornecida exclusivamente pelo Órgão Gestor do Serviço de Taxi.

Conforme registrado na Decisão Monocrática Preliminar DECM 63/2014 (fls. 97/104), a exigência posta na **letra f do item 5.6.2.1** (comprovante de conclusão de cursos de Relações Humanas, Direção Defensiva ou Primeiros Socorros), obedece ao art. 3º inciso II da **Lei nº 12.468/2011** (nacional) que regulamenta a profissão de taxista, *in verbis*:

Art. 1º Fica reconhecida, em todo o território nacional, a profissão de taxista, observados os preceitos desta Lei.

[...]

Art. 3º A atividade profissional de que trata o art. 1º somente será exercida por profissional que atenda integralmente aos requisitos e às condições abaixo estabelecidos:

[...]

II - curso de relações humanas, direção defensiva, primeiros socorros, mecânica e elétrica básica de veículos, promovido por entidade reconhecida pelo respectivo órgão autoritário; (g. n)

Tendo em vista o comando legal supra, **o requisito descrito na letra f do item 5.6.2.1 do edital de Concorrência em análise é pertinente e por isso, especificamente neste quesito, não procede a Representação formulada.**

As **cláusulas c e g** versam acerca da experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços tanto de motorista, quando especificamente de motorista de táxi.

A priori, a comprovação de experiência anterior na prestação do serviço objeto da licitação não é interpretada pela jurisprudência pátria como absolutamente ilegal ou abusiva. Entende-se que a regra insculpida no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 não veda a exigência de comprovação de experiência anterior na execução de serviços similares ao objeto da licitação, **desde que tal experiência possa ser aferida a partir de critérios quantitativos razoáveis e que estejam intimamente relacionados com o objeto licitado**, conforme precedentes transcritos abaixo:

Superior Tribunal de Justiça

Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL - 361.736

Processo: 200101164320 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA
Data da decisão: 05/09/2002 Documento: STJ000478775 Data de Julgamento: 31/03/2003

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - **EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.**

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

Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem **a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional** segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços. (g.n.)

TJ-PR - Apelação Cível AC 3446131 PR 0344613-1 (TJ-PR)

Data de publicação: 27/05/2008

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA - INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE, ORA APELANTE - DECISÃO SUCINTA, MAS FUNDAMENTADA - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE - CAPACITAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL - EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR NA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS SIMILARES AO OBJETO LICITADO, COM A FIXAÇÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS E/OU PRAZOS MÁXIMOS RAZOÁVEIS E COMPATÍVEIS COM O OBJETO DA LICITAÇÃO - LEGALIDADE - ARTIGO 30, § 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.666/1993, QUE NÃO VEDA TAL EXIGÊNCIA - LICITANTE QUE NÃO REALIZA DITA COMPROVAÇÃO - INABILITAÇÃO - DECISÃO ESCORREITA - ILEGALIDADE E/OU ABUSO DE PODER NÃO VERIFICADOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A decisão de inabilitação, embora sucinta, demonstra de forma clara e objetiva a razão pela qual foi a apelante inabilitada, tanto

que possibilitou, por parte desta, uma ampla defesa quanto ao motivo da inabilitação, não havendo que se falar, pois, em ausência de fundamentação e/ou motivação e, consequentemente, na nulidade do ato. 2. A regra insculpida no artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, não veda a **exigência** de comprovação de **experiência anterior** na execução de serviços similares ao objeto da licitação, **experiência** esta que pode ser aferida a partir de critérios quantitativos, **desde que estes sejam razoáveis e estejam intimamente relacionados com o objeto licitado**, como ocorre no caso em apreço. E, não tendo a apelante comprovado tal experiência, acertada a decisão que a inabilitou. (g.n.)

Na licitação sob análise, a experiência a ser considerada na fase de julgamento das propostas é pertinente ao objeto licitado, já que considera o tempo de exercício profissional do licitante na execução de serviços similares ao de motorista. Portanto, **as cláusulas c e g são razoáveis e intimamente relacionadas ao objeto licitado, não configurando requisitos restritivos à competitividade.**

No tocante à **cláusula e**, de fato, a conclusão de cursos de línguas estrangeiras não foi eleita pelo legislador como imprescindível ao exercício da profissão de motorista de táxi. Se assim o fosse, teria sido incluída no art. 3º da Lei federal que regulamentou o exercício de tal profissão - **Lei nº 12.468/2011.**

Por outro lado, quando a disputa não envolve o valor tarifário, previamente fixado pela Administração, inevitavelmente se desenvolve relativamente à qualidade técnica. Trata-se de critério de julgamento previsto no art. 15 da lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos (Lei 8.987/95): o critério da melhor proposta técnica com preço fixado. Na lição de Marçal Justen Filho, a escolha do atributo técnico de avaliação das propostas tem de apresentar referibilidade ao interesse coletivo a ser atendido, sendo válidos apenas critérios que privilegiem aspectos técnicos irrelevantes para os usuários dos serviços. Isto é, o atributo exigido deve representar vantagem significativa para os usuários do serviço público.

Considerando a vocação turística do Município de Guarapari, é razoável que o Executivo Municipal considere a fluência básica dos taxistas em inglês (curso de 40 horas) não como mínimo necessário para prestação do serviço, mas como um fator diferencial importante para a coletividade, o que **está de acordo com o critério da melhor proposta técnica com preço fixado previsto na Lei 8.987/95, não se tratando, portanto, de cláusula restritiva à competitividade.**

Ressalta-se, contudo, que a realização de cursos de línguas estrangeiras, por não se tratar de requisito essencial para o exercício da profissão de taxista, poderia ter sido demandada pelo Executivo de Guarapari já na fase de contratação dos vencedores do procedimento licitatório, resguardando o interesse da coletividade na fluência básica dos taxistas nesses idiomas sem representar risco à legitimidade do procedimento licitatório.

Foi, ainda, apontado como irregular **o item 9.8 do Anexo IV** do procedimento licitatório, o qual prevê:

Item 9.8 do Anexo IV - O permissionário terá sua permissão extinta nos casos previstos em regulamento, bem como nos casos de falecimento, invalidez permanente, incapacidade declarada judicialmente, renúncia, revogação, anulação, caducidade, dentre outros, além das ocorrências de perda do direito de dirigir em Leis e Decretos que regulamentam os serviços.

Segundo os representantes, tal cláusula infringe o artigo 12-A da Lei 12.587/12, qual seja:

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

§1º É permitida a transferência da outorga a terceiros que atendam aos requisitos exigidos em legislação municipal.

§2º Em caso de falecimento do outorgado, o direito à exploração do serviço será transferido

a seus sucessores legítimos, nos termos dos arts. 1.829 e seguintes do Título II do Livro V da Parte Especial da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§3º As transferências de que tratam os §§ 1o e 2o dar-se-ão pelo prazo da outorga e são condicionadas à prévia anuência do poder público municipal e ao atendimento dos requisitos fixados para a outorga.

O entendimento da Área Técnica, encampado pelo Ministério Público de Contas, foi no sentido de, em sede de incidente de inconstitucionalidade, **deixar de aplicar o artigo 12-A da Lei 12.587/12, ao caso concreto**, em razão do mesmo afrontar disposições constitucionais, tendo em vista que:

(1) a Constituição Federal impôs o procedimento licitatório para a concessão ou permissão de serviços públicos; (2) o procedimento

licitatório irá identificar a proposta mais vantajosa para a Administração e o proponente que melhor cumpra o interesse público; (3) será formalizado um contrato *intuitu personae*, inadmitindo o transpasse de obrigações a outrem que não cumpriu os requisitos licitatórios.

Cita precedente no qual o Supremo Tribunal Federal, no julgamento Recurso Extraordinário 422.591, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, entendeu que a norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro era inconstitucional posto que permitia prorrogações de concessão e permissão sem o prévio procedimento licitatório por violarem a moralidade e legalidade:

E, por fim, mostrando-se inegavelmente inconstitucionais as referidas prorrogações de concessão e permissão de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, porque violadoras dos princípios da moralidade e da legalidade, era mesmo de rigor a procedência da ação.

Incensurável, destarte, mostra-se a decisão regional que assim dispôs, a não merecer reparos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Nesse sentido, a Área Técnica deixa de aplicar o artigo 12-A da Lei 12.587/12 ao caso concreto, entendendo que o referido item 9.8 do Anexo IV do procedimento licitatório não apresenta indicio de irregularidade, sugerindo a improcedência do referido ponto.

Ocorre, entretanto, que a discussão quanto à constitucionalidade ou não da previsão legal de transferência da permissão aos sucessores legítimos dos permissionários é matéria afeta ao interesse privado dos futuros permissionários e seus sucessores.

Verifica-se que o interesse jurídico dos Representantes nesse caso se limita a assegurar a transferência da permissão aos seus sucessores. A denúncia e a representação são instrumentos democráticos colocados à disposição da sociedade para levar ao conhecimento do Tribunal de Contas condutas da Administração que configurem violação do interesse público primário, não servindo para tutelar interesses meramente privados, sob pena de transformar as Cortes de Contas em nova instância recursal dos certames instaurados nos diversos órgãos e entidades da Administração Pública, o que não encontra respaldo no direito pátrio.

Nesse sentido leciona Diógenes Gasparini:

Atente-se que, nesse mesmo sentido e com maior amplitude, o § 2º do art. 74 da Constituição Federal prevê essa faculdade, a ser exercitada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato na forma da lei. A representação mencionada no inciso II do art. 109 da Lei federal nº 8.666/1993 é recurso, enquanto a referida no § 1º do art. 113 dessa mesma lei é mera denúncia, tal qual está consignado no § 2º do art. 74 da Lei Maior. Mediante aquela quer-se uma revisão do ato, decisão ou comportamento da autoridade recorrida, ao passo que, por esta, deseja-se a legalidade e moralidade dos atos, decisões e comportamentos denunciados e, evidentemente, a nulidade da medida irregular, ilegal ou imoral e a punição dos responsáveis, observado, sempre, o interesse público. Não se está pela denúncia, pelo menos em tese, buscando a revisão de qualquer dos atos, decisões ou comportamentos denunciados com o fito de atender aos interesses do denunciante, uma vez que esse não é o objetivo de tal faculdade, nem o Tribunal de Contas da União tem poderes para tanto. (Direito Administrativo. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 696)

Com efeito, o Tribunal de Contas da União, ao discutir questão semelhante, firmou entendimento no sentido de que:

São numerosas as deliberações do TCU no sentido do não-conhecimento de matérias

como a presente, ante a falta de competência do Tribunal para apreciar pleitos que, embora envolvendo suposta impropriedade na aplicação de lei por órgão da Administração Pública Federal, destinam-se, em última análise, a tutelar interesses de particulares. A pretensão dos denunciante, que pode até ser justa no seu conteúdo, não encontra no TCU o foro adequado para a sua discussão, já que as petições administrativas e judiciais prestam-se, com maior propriedade, a solucionar o tipo de controvérsia trazido à baila neste processo.

(Tribunal de Contas da União. Plenário. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaca. Decisão n. 657/2000. Sessão de 16/08/2000)

Várias dentre as numerosas deliberações do TCU citadas no julgado acima constam da seguinte decisão:

Acórdão 2.471/2011-TCU-Segunda Câmara (relator Ministro André Luis de Carvalho):

(...)

4. É ponto pacífico que a competência constitucional do Tribunal de Contas da União está na guarda da coisa pública, analisando a aplicação da lei e dos princípios constitucionais no que tange ao controle externo da Administração Pública Federal, em consonância

com o art. 71 da Constituição Federal e art. 1º da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.

5. Com relação à matéria, o Tribunal de Contas da União, **desde há muito, tem entendido não ser sua função, no exercício do controle externo, decidir sobre controvérsias instaladas no âmbito de contratos firmados entre os seus jurisdicionados e terceiros ou a prolação de provimentos jurisdicionais, reclamados por particulares, para a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo se, de forma reflexa, estes litígios atingirem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário.**

6. Vale dizer, não cabe a este Tribunal julgar os litígios entre contratante e contratado, ainda que uma das partes seja integrante da Administração Pública Federal. A solução de tais conflitos deve ser buscada nas instâncias próprias.

7. A questão suscitada a julgamento desta Corte de Contas fuge às competências projetadas pela Constituição e pela Lei Orgânica do TCU, uma vez que, não se referindo a representação a indicio de irregularidade sujeita a matéria de competência deste Tribunal, existe obstáculo intransponível ao seu conhecimento neste Tribunal.

8. Nesse sentido são os Acórdãos 66/2009-TCU-Plenário, 1.256/2008-TCU-Plenário, 1.180/2008-TCU-Plenário, 3.851/2007-TCU-1ª Câmara, 1.979/2007-TCU-2ª Câmara, 2.374/2007-TCU-Plenário, 1.733/2007-TCU-Plenário, 1.729/2007-TCU-2ª Câmara, .851/2007 - TCU 1ª Câmara, 1.794/2007-TCU-Plenário, 32/2003-TCU-1ª Câmara, entre outros.

9. Assim, **por não se tratar de matéria de competência do Tribunal, não deve ser conhecido o presente processo**, uma vez que não foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno/TCU. Cabe, nesse sentido, informar ao interessado que o Tribunal de Contas da União não é o foro adequado para a discussão de questões envolvendo o direito subjetivo de empresas privadas perante o poder público federal. (g.n.)

Tendo em vista que o pleito dos Representantes ao apontar a suposta irregularidade do item 9.8 do Anexo IV visa a tutela de interesses meramente privados, e que tal cláusula não gera qualquer restritividade ao procedimento, já que não inibe a participação de quaisquer licitantes no certame, **divergindo da área técnica e do Ministério Público de Contas quanto à proposta de encaminhamento, concluo pelo não conhecimento da irregularidade apontada no tocante ao item 9.8 do Anexo IV do Edital de Concorrência Pública 08/2012, por não se tratar de matéria de competência deste Tribunal.**

3 DISPOSITIVO

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **corroborando parcialmente** o entendimento da Área Técnica, exarado na Instrução Técnica Conclusiva ITC 1429/2014 (fls. 531 a 548), e do Ministério Público de Contas, em Parecer do Excelentíssimo Procurador de Contas Luís Henrique Anastácio da Silva (fl. 582),

VOTO:

3.1 Pela improcedência das Representações constantes dos Processos TC 218/2014, 6214/2012, 667/2014 e 668/2014, tendo em vista terem sido afastados todos os indícios de ilegalidades apontados constantes dos itens 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9 e 2.10 da Instrução Técnica Conclusiva ITC 1429/2014, nos termos do artigo 95, inciso I c/c art. 101, parágrafo único da Lei Complementar 621/2012, bem como artigo 329, §3º, artigo 178, inciso I e art. 186 da Resolução TC 261/2013.

3.2 Pelo não conhecimento da irregularidade apontada no tocante ao item 9.8 do Anexo IV do Edital de Concorrência Pública 08/2012 (item 3 da Instrução Técnica Conclusiva ITC 1429/2014), por não se tratar de matéria de competência deste Tribunal.

3.3 Pela revogação da medida cautelar concedida por intermédio da DECISÃO MONOCRÁTICA PRELIMINAR 63/2014, confirmada na sessão plenária de 28 de janeiro de 2014 (Decisão TC-001/2014).

3.4 Pela recomendação ao Executivo de Guarapari, com fulcro no § 7º do art. 329 da Res. TC 261/2013 para que, **nos procedimentos licitatórios futuros** para selecionar pessoas físicas e jurídicas, para delegação, mediante permissão, para a exploração do serviço de transporte individual de passageiros e bens, **se abstenha** de incluir a conclusão de cursos de línguas estrangeiras como critério de julgamento de propostas, deixando tal requisito para ser demandado na fase de contratação.

3.5 Para que seja dada **ciência** aos Representantes do teor da decisão final a ser proferida, conforme art. 307, §7º, da Res. TC 261/2013 (Regimento Interno).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-218/2014, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do

Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia oito de julho de dois mil e quatorze, à unanimidade, nos termos do voto proferido pelo Relator, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

1. Considerar improcedentes as Representações interpostas em face da Prefeitura Municipal de Guarapari, constantes dos processos TC-218/2014, TC-6214/2012, TC-667/2014 e TC-668/2014;

2. Não conhecer da possível irregularidade contida no item 9.8 do anexo IV do Edital de Concorrência Pública nº 08/2012 (item 3 da Instrução Técnica Conclusiva 1429/2014), por não se tratar de matéria de competência do Tribunal de Contas;

3. Revogar a medida cautelar concedida na decisão monocrática preliminar 63/2014, confirmada em decisão plenária de 28 de janeiro de 2014 (Decisão TC-001/2014);

4. Recomendar ao Poder Executivo de Guarapari, com fulcro no § 7º do art. 329 do Regimento Interno deste Tribunal que, **nos procedimentos licitatórios futuros** que visem à seleção de pessoas físicas e jurídicas, para delegação, mediante permissão, da exploração do serviço de transporte individual de passageiros e bens, **se abstenha** de incluir a conclusão de cursos de línguas estrangeiras como critério de julgamento de propostas, deixando tal requisito para ser demandado na fase de contratação;

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

Composição

Presentes à sessão plenária da deliberação os Senhores Conselheiros, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Relator, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, José Antônio Almeida Pimentel, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas. Sala das Sessões, 8 de julho de 2014.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-322/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-2422/2012

JURISDICIONADO - FUNDO MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ALEGRE

ASSUNTO- PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2011

RESPONSÁVEL - MARIA LÚCIA RUBINI DE OLIVEIRA

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2011 - 1) REGULAR COM RESSALVA - QUITAÇÃO - 2) DETERMINAÇÃO - 3) À SEGEX PARA MONITORAMENTO - 4) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

Tratam os presentes autos da Prestação de Contas do Fundo Municipal de Educação de Alegre, referente ao exercício financeiro de 2011, sob a responsabilidade das gestoras acima relacionadas.

A 5ª Controladoria Técnica elabora o Relatório Técnico Contábil RTC nº 116/2013, fls. 124 a 136, ressaltando os seguintes aspectos e irregularidades :

ASPECTOS :

- A Prestação de Contas Anual do exercício de 2010 (Processo TC 1818/2011) tramita nesta Corte de Contas ainda pendente de Decisão Plenária.

- A Prestação de Contas Anual (PCA), exercício de 2011, foi encaminhada por meio de ofício nº 0071/2012 - SEME, sendo protocolizada neste Tribunal de Contas em 30/03/2012, sob nº 004473 (fl. 01), tempestivamente e devidamente assinada pela Gestora e Contabilista Responsável.

- A Lei Municipal nº 3.123, de 15/12/2010 – Lei Orçamentária Anual do Município de Alegre para o exercício de 2011 (Proc. TC 623/2011), fixou a Despesa relativa à Secretaria Municipal de Educação em R\$ 11.230.000,00; sendo que, durante o exercício, foram procedidas alterações através de Créditos Adicionais, alterando este valor para R\$ 13.127.487,72.

- Confrontando-se a despesa autorizada (R\$ 13.127.487,72) com a

despesa realizada (R\$ 12.430.663,71), constata-se que houve uma economia orçamentária de R\$ 696.824,01.

- O Fundo Municipal apresentou saldo de disponibilidades financeiras para o exercício de 2012 de R\$ 832.057,33.

- As variações patrimoniais apresentaram um resultado patrimonial positivo acumulado de R\$ 2.506.297,70.

- O Balanço Patrimonial apresentou também um superávit financeiro (Ativo Financeiro R\$ 836.391,21 – Passivo Financeiro R\$ 614.946,73) da ordem de R\$ 221.444,48.

IRREGULARIDADES :

Conclui o respectivo relatório sugerindo a citação das responsáveis em função dos seguintes indícios de irregularidades :

Quanto à Sra. ODINEIR BOREL CESAR:

N.º	Indicativo de Irregularidade	Base Normativa	Item
1	Ausência da Demonstração da Dívida Flutuante – Anexo 17.	Arts. 85 e 101 da Lei Federal 4.320/1964; e art. 105, inciso I, da Resolução TCEES 182/2002.	2.3.1
2	Ausência da Relação de Restos a Pagar Cancelados, bem como dos respectivos atos que autorizaram o cancelamento.	Art. 85 da Lei 4320/1964; e art. 105, inciso II, alínea "b", da Resolução T C E E S 182/2002.	2.3.2
3	Ausência de extratos bancários do encerramento do exercício de 2011, inclusive de contas com saldo contábil igual a zero.	Art. 85 da Lei Federal 4.320/1964; e Art. 105, inciso III, alínea c, da Resolução TCEES 182/2002.	2.3.3
4	Ausência de extratos bancários dos meses subsequentes, em que ocorreram as regularizações dos valores de débitos e créditos constantes das conciliações bancárias.	Art. 85 da Lei Federal 4.320/1964; e Art. 105, inciso III, alínea "d" e § 1º, da Resolução TCEES 182/2002.	2.3.4

Quanto à Sra. MARIA LUCIA RUBINI DE OLIVEIRA:

N.º	Indicativo de Irregularidade	Base Normativa	Item
1	Ausência de repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal.	Art. 158, inciso I, da Constituição Federal/1988; e artigos 85, 89, 91, 92, 93, 101, 103 e 105 da Lei 4.320/1964.	3.3.1.1
2	Não Recolhimento de Obrigações Patronais.	Art. 195, inciso I, da Constituição Federal/1988; art. 1º, inciso II, da Lei Federal 9.717/1998; art. 30, inciso I, alínea b, da Lei Federal nº 8.212/1991; e art. 15, <i>caput</i> , da Lei Federal nº 8.036/1990.	3.4.1.1
3	Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros.	Arts. 37 e 195, inciso II, da Constituição Federal/1988; art. 1º, inciso II, da Lei Federal 9.717/1998; art. 30, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei Federal nº 8.212/1991.	3.4.1.2

A mesma Controladoria elabora Instrução Técnica Inicial ITI nº 360/2013, fl. 144, sugerindo a citação das responsáveis para apresentação de documentos e justificativas sobre os itens supracitados.

Conforme Decisão Monocrática DECM 458/2013, fls. 146 a 149, é procedida a citação, conforme Termos de Citação nº 0981 e 0982/2013, fls. 150 e 151, devidamente atendida, fls. 158 a 198.

A 5ª Secretaria de Controle Externo elabora Instrução Contábil Conclusiva ICC nº 248/2013, fls. 202 a 212, mantendo as irregularidades referentes aos itens II.I Não recolhimento da receita de IRRF e II.III Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros, e opinando que sejam julgadas IRREGULARES as contas em exame.

O Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC elabora

Instrução Técnica Conclusiva ITC nº 6989/2013, fls. 218 a 228, concordando integralmente com o entendimento da 5ª Secretaria de Controle Externo, e, considerando que não foi realizada auditoria ordinária no Fundo Municipal de Educação de Alegre, referente ao exercício de 2011, opina que sejam as contas em exame julgadas IRREGULARES, em função das irregularidades apontadas naquela Instrução, além de sugerir a imputação de MULTA à responsável com amparo no com amparo no artigo 62 e na forma do artigo 96, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época dos fatos apurados.

O Ministério Público Especial de Contas, através de Parecer, fls. 231 e 233, da lavra do Procurador de Contas Dr. Luciano Vieira, opina que seja a prestação de contas em exame julgada IRREGULAR, com fulcro no art. 84, III, alínea "d", da LC nº 621/12, aplicando-se ao responsável multa pecuniária, na forma dos arts. 84, inciso IV, e 135, do indigitado estatuto legal.

Assim instruídos, vieram-me os autos para emissão de voto.

É o relatório.

EMENTA :

PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA DÍVIDA FLUTUANTE – ANEXO 17. AUSÊNCIA DA RELAÇÃO DE RESTOS A PAGAR CANCELADOS, BEM COMO DOS RESPECTIVOS ATOS QUE AUTORIZARAM O CANCELAMENTO. AUSÊNCIA DE EXTRATOS BANCÁRIOS DO ENCERRAMENTO DO EXERCÍCIO DE 2011, INCLUSIVE DE CONTAS COM SALDO CONTÁBIL IGUAL A ZERO. AUSÊNCIA DE EXTRATOS BANCÁRIOS DOS MESES SUBSEQUENTES, EM QUE OCORRERAM AS REGULARIZAÇÕES DOS VALORES DE DÉBITOS E CRÉDITOS CONSTANTES DAS CONCILIAÇÕES BANCÁRIAS. AUSÊNCIA DE REPASSE DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE À PREFEITURA MUNICIPAL. NÃO RECOLHIMENTO DE OBRIGAÇÕES PATRONAIS. NÃO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES DO INSS E DO IPAS, RETIDAS DOS SERVIDORES E DE TERCEIROS. REGULAR COM RESSALVA. DETERMINAÇÕES.

VOTO

Não tenho como justo macular as contas de gestores que tenham cumprido com todos os limites legais e constitucionais em função de irregularidades formais, que não caracterizem dolo, má-fé ou prejuízo ao erário, tendo proferido vários votos nesse sentido.

Em relação às irregularidades remanescentes, item 3.3.1.1 do RTC 116/2013 (ausência de repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal e item 3.4.1.2 do RTC 116/2013 (não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros), semelhantes entre si, mantenho o meu posicionamento externado nos Processos TC 1424/2007 Recurso de Reconsideração da Prefeitura de Mantenedópolis e TC 1906/2011 Prestação de Contas Anual da Prefeitura Municipal de Vila Pavão, respectivamente :

"Entendo que embora o repasse das contribuições patronais previdenciárias fora realizado de forma tardia, não houve prejuízo ao regime próprio de previdência e nem apropriação indébita por parte do Município, pois os recursos permaneceram públicos apenas ficando na esfera Municipal.

Quanto a alegação do Ministério Público de que a irregularidade em estudo é ato de improbidade administrativa deixo de acompanhar tal entendimento uma vez que, na análise das contas, este Tribunal os processos anteriormente não apurou de existência de dolo ou má-fé e nem mesmo foi feita uma análise subjetiva da conduta do gestor". "Entendo que o valor total de R\$ 30.988,25 descontado de terceiros e não repassado ao INSS, no devido vencimento, constitui-se de impropriedade praticada pelo administrador. Porém, vale ressaltar que tais valores continuam fazendo parte da Administração Pública, permanecem como dinheiro público.

Assim, percebo tratar-se de mera inconsistência praticada pelo administrador não se enquadrando no inciso III, alíneas "c" e "d", do art. 84 da Lei Complementar nº 621/2012 e por esta razão entendo que tais itens devem ser considerados regulares com ressalvas.

Deixo de me pronunciar acerca da alegação do Ministério Público, sobre o fato da presente irregularidade caracterizar-se ato de improbidade administrativa, uma vez que a condenação por este Tribunal possui natureza administrativa, carecendo de competência por parte desta Corte de Contas para o julgamento da matéria".

Ante todo o exposto, observados os trâmites legais, discordando integralmente do NEC e do Ministério Público de Contas, VOTO por considerar REGULAR COM RESSALVA a Prestação de Contas Anual do Fundo Municipal de Educação de Alegre, referente ao exercício de 2011, sob a responsabilidade da Sra. Maria Lucia Rubini de Oliveira. VOTO também no sentido de determinar à gestora ou a quem lhe suceder, o saneamento das irregularidades remanescentes

supracitadas, devendo o mesmo ser objeto de monitoramento por parte desta Corte de Contas, em eventos posteriores.

É como voto.

VOTO-VISTA DO EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1- RELATÓRIO

Com o propósito de examinar de forma mais detida a matéria em discussão, particularmente nos pontos em que o Relator diverge do entendimento da área técnica deste Tribunal e do Parecer do Órgão Ministerial, pedi vista dos presentes autos, o que me permitiu elaborar o Voto-vista que neste instante submeto a esta Câmara, precedido do breve relatório.

Inicialmente assinalo que o presente feito cuida da Prestação de Contas Anual do Fundo Municipal de Educação de Alegre, de responsabilidade das senhoras Maria Lucia Rubini de Oliveira e Odineir Borel Cesar, referente ao exercício de 2011.

A 5ª Secretaria de Controle Externo, após análise da Prestação de Contas, elaborou o Relatório Técnico Contábil RTC 116/2013 (fls. 124 a 136). Ato contínuo elaborou também Instrução Técnica Inicial ITI 360/2013 (fls. 144), sugerindo a citação das responsáveis, Senhoras Odineir Borel Cesar e Maria Lúcia Rubini de Oliveira, para apresentação de documentos e esclarecimentos sobre as irregularidades elencadas no Relatório Técnico Contábil, conforme abaixo descrito:

"Em face dos indícios de irregularidades apontados no Relatório Técnico Contábil TC nº 116/2013, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e com fulcro no art. 162 do Regimento Interno TCEES – Resolução nº 182/02, c/c o art. 56, inciso II da Lei Complementar nº 621/12, sugerimos ao Egrégio Plenário desta Corte de Contas a citação das responsáveis, para que, no prazo estipulado apresentem esclarecimentos e/ou justificativas que entenderem necessárias, em razão dos indícios de irregularidades apontados, conforme segue:

Responsável	Itens/Subitens
Odineir Borel Cesar	2.3.1, 2.3.2, 2.3.3 e 2.3.4
Maria Lucia Rubini de Oliveira	3.3.1.1, 3.4.1.1 e 3.4.1.2

Sugerimos, também, ao Plenário, que determine a remessa da cópia do Relatório Técnico Contábil em referência, juntamente com o Termo de Citação."

Acolhendo a proposição da unidade técnica, promoveu-se a citação, por força da Decisão Monocrática Preliminar DECM 458/2013 (fls. 146/149), concedendo às responsáveis o prazo improrrogável de 30 (trinta) dias para apresentarem justificativas e documentos que julgassem pertinentes.

Devidamente citadas as responsáveis apresentaram justificativas às fls. 158 a 190 e 192 a 198).

Os autos foram então novamente encaminhados à 5ª Secretaria de Controle Externo, que elaborou a Instrução Contábil Conclusiva ICC 248/2013, opinando pela irregularidade das contas.

Em seguida, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas, por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 6989/2013 (fls. 218 a 228), encaminhou a seguinte proposta, em consonância com a Instrução Contábil Conclusiva:

"3. CONCLUSÃO / PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos, relativos às contas da senhora Maria Lucia Rubini de Oliveira - Secretária Municipal de Educação, no exercício 2011, frente ao Fundo Municipal de Educação de Alegre, a Instrução Contábil Conclusiva ICC 248/2013 conclui pela IRREGULARIDADE das contas apresentadas.

3.2. Ressalta-se que não foi realizada auditoria ordinária no Fundo Municipal de Educação de Alegre, referente ao exercício de 2011.

3.3. Por todo o exposto, e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, da Res. TC nº 261/2013, conclui-se opinando por:

3.3.1 Julgar IRREGULARES as contas da senhora Maria Lucia Rubini de Oliveira, Secretária Municipal de Educação, frente ao Fundo Municipal de Educação de Alegre, exercício de 2011, nos termos do inciso III, alíneas "c" e "d", do artigo 84, da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista as seguintes irregularidades:

II.I Não recolhimento da receita de IRRF (Base normativa: Art. 158, inciso I, da Constituição Federal/1988; e artigos 85, 89, 91, 92, 93, 101, 103 e 105 da Lei 4.320/1964);

II.III Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros (Base normativa: Arts. 37 e 195, inciso II, da Constituição Federal/1988; art. 1º, inciso II, da Lei Federal 9.717/1998; art. 30, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei Federal nº 8.212/1991);

3.4 Sugere-se a imputação de MULTA à responsável com amparo no com amparo no artigo 62 e na forma do artigo 96, inciso II, da

Lei Complementar Estadual nº 32/93, por se tratar de pretensão punitiva e ser esta a legislação aplicável à época dos fatos apurados." Por sua vez, o Ministério Público Especial de Contas, aderindo ao entendimento da área técnica desta Corte de Contas, também opinou pela irregularidade das contas no seu Parecer PPJC (fls. 2310 a 233).

Em seu Voto, apresentado na sessão do dia 20 de março do ano em curso, o eminente Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, discordando do entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, apresentou suas fundamentações e votou para que fossem afastadas todas as irregularidades analisadas no relatório técnico contábil.

Por fim, votou para que as contas do Fundo Municipal de Alegre, exercício 2011, sob a responsabilidade da senhora Maria Lucia Rubini de Oliveira, fossem julgadas REGULARES COM RESSALVA, fundamentando principalmente no cumprimento dos limites constitucionais e legais, na existência de irregularidades meramente formais, ausência de dolo, má fé e prejuízo ao erário. Especialmente quanto à ausência de repasse do IRRF e não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, ressalta que "os recursos permaneceram públicos, apenas ficando na esfera municipal." (fls. 237 a 243)

2 - FUNDAMENTAÇÃO

Após análise dos autos, verifiquei que as manifestações da área técnica e do Ministério Público de Contas encontram-se em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual acolho os fundamentos exarados na Instrução Técnica Conclusiva ITC 6989/2013 (fls. 218 a 228) e no Parecer PPJC (fls. 2310 a 233), pedindo vênua para discordar do Excelentíssimo Conselheiro Relator, devendo as contas serem julgadas irregulares, nos seguintes termos: - Instrução Técnica Conclusiva ITC 6989/2013 -

"II.I Ausência de repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal (Item 3.3.1.1, Relatório Técnico Contábil 116/13)

Base normativa: Art. 158, inciso I, da Constituição Federal/1988; e artigos 85, 89, 91, 92, 93, 101, 103 e 105 da Lei 4.320/1964; Responsável: Maria Lucia Rubini de Oliveira

No Balanço Patrimonial (Anexo 14, f. 27), no Passivo Financeiro, e no Balancete Extra Orçamentário (f. 119), consta uma obrigação com o Tesouro Municipal relativa ao Imposto de Renda Retido na Fonte, totalizando R\$ 21.161,72.

As contas que apresentam acúmulo de saldo, perpetuando-se no Passivo Financeiro, são as demonstradas a seguir:

Balancete Extra Orçamentário

Código	Descrição	Saldo Anterior	Inscrição	Baixa	Saldo Atual
212120100000	IRRF de Servidores	10.222,06	46.087,60	38.121,99	18.187,67
212120500000	IRRF de Agentes Políticos	2.709,71	264,34		2.974,05
TOTAL		12.931,77	46.351,94	38.121,99	21.161,72

Fonte: Balancete Extra Orçamentário e Anexo 14 (f. 119 e 27).

Considerando que há prazo para o repasse ao Tesouro Municipal, poder-se-ia admitir apenas a pendência referente ao mês de dezembro/2011, na data de encerramento do exercício. Entretanto, conforme Balancete de Verificação extraído do sistema SISAUD (Anexo 1), no mês de dezembro/2011 foi empenhado apenas R\$ 11.412,68 na conta "IRRF de Servidores - 212120100", sendo que nada foi empenhado na conta "IRRF de Agentes Políticos - 212120500".

A ausência de repasse do Imposto de Renda Retido na Fonte à Prefeitura Municipal, para o devido reconhecimento desse imposto na receita do Município, contraria ao que determina a Constituição Federal/1988, em seu art. 158, inciso I, que dispõe:

Pertencem aos Municípios:

o produto da arrecadação do imposto da União sobre a renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

Justificativa (fls. 192):

Alega a defesa que analisando o Demonstrativo da Dívida Flutuante de exercícios anteriores, verifica-se que os saldos que se perpetuam nas contas "IRRF de Servidores - 212120100" e "IRRF de Agentes Políticos - 212120500" vem se acumulando por vários exercícios. Entende ser necessário efetuar um minucioso levantamento para apurar e validar estes saldos, uma vez que podem estar insubsistentes ou inconsistentes, quitados de forma orçamentária dentre outros motivos que devem ser esclarecidos.

Informou que as contas supracitadas receberam movimentação

a crédito e a débito durante o exercício de 2011, no entanto, o acúmulo de saldo apurado pela Técnica deverá ser averiguado para prosseguirmos, se for o caso, com o cancelamento dos mesmos através de decreto no exercício de 2013. Caso a apuração demonstre que o Fundo Municipal de Educação não repassou o IRRF a Prefeitura Municipal será efetuado o repasse imediatamente.

Análise:

A retenção de IRRF efetuada pelo Fundo M. Educação de servidores e de terceiros necessariamente tinha que ser recolhida à Prefeitura, uma vez que o Fundo é mero repassador do recurso.

Consultando-se de forma subsidiária o sistema bimestral de prestação de contas (SISAUD), foi observado que a conta 212120100000 começou o ano com saldo de R\$ 10.222,06 e, mês a mês, foi aumentando sistematicamente, chegando a dez/11 no valor de R\$ 18.187,67, demonstrando que o Fundo não faz o recolhimento mensal à Prefeitura de todo o valor que arrecada.

Verifica-se da PCA do exercício posterior (2012) que a não arrecadação tempestiva do tributo persistiu também naquele exercício, e o saldo não recolhido foi ampliado de R\$ 18.187,67 para R\$ 45.612,69 (TC 2.885/13, fls. 34).

Ademais, esse valor não repassado à Prefeitura Municipal, para o devido lançamento como receita tributária do Município, reflete no cálculo dos limites legais e constitucionais; acarretando prejuízos nas aplicações em saúde e na educação básica do município.

Diante do exposto, conclui-se pela IRREGULARIDADE deste item.

(...)

II.III Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros (Item 3.4.1.2 Relatório Técnico Contábil 116/13)

Base normativa: Arts. 37 e 195, inciso II, da Constituição Federal/1988; art. 1º, inciso II, da Lei Federal 9.717/1998; art. 30, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei Federal nº 8.212/1991; Responsável: Maria Lucia Rubini de Oliveira

Em análise ao Balancete Extra Orçamentário (f. 119) e ao Balanço Patrimonial (Anexo 14, f. 27), constata-se que as contas que evidenciam os valores retidos dos servidores e de terceiros a título de contribuição ao INSS e ao IPAS apresentam indicativos de falta de recolhimento das contribuições às autarquias federal e municipal, respectivamente.

As contas que apresentam acúmulo de saldo, perpetuando-se no Passivo Financeiro, são as demonstradas a seguir:

Balancete Extra Orçamentário

Código	Descrição	Saldo Anterior	Inscrição	Baixa	Saldo Final
212110100002	RPPS Servidores Novos	168.382,57	691.137,19	741.211,07	118.308,69
212110200000	INSS	23.953,95	36.644,77	33.110,10	27.488,62
212130100000	INSS - Serviços de Terceiros	3.703,73	22.920,94	22.508,79	4.115,88
TOTAL		196.040,25	750.702,90	796.829,96	149.913,19

Fonte: Balancete Extra Orçamentário e Anexo 14 (f. 119 e 27).

Considerando o prazo para recolhimento que é dado pelas leis referenciadas, poder-se-ia admitir apenas a pendência do pagamento de saldo referente ao mês de dezembro/2011, na data de encerramento do exercício. Entretanto, conforme Balancete de Verificação extraído do sistema SISAUD (Anexo 1), no mês de dezembro/2011 foi empenhado apenas R\$ 61.681,36 na conta "Previdência Municipal - 21210100; R\$ 4.219,75 na conta "INSS - 212110200"; e R\$ 264,00 na conta "INSS - Serviços de Terceiros - 212130100".

Justificativa (fls. 195):

Alegou a defendente que analisando o Demonstrativo da Dívida Flutuante de exercícios anteriores, foi constatado que os saldos que se perpetuam nas contas "Previdência Municipal - 212110100", "INSS 212110200" e "INSS - Serviços de Terceiros - 212130100" vêm se acumulando a vários exercícios. Entende ser necessário realizar um minucioso levantamento para apuração e validação destes saldos, uma vez que os mesmos podem estar insubsistentes ou inconsistentes, ou podem ter sido quitados de forma orçamentária dentre outros motivos que devem ser esclarecidos.

Informou que as contas supracitadas receberam movimentação a crédito e a débito durante o exercício de 2011, no entanto, o acúmulo de saldo assinalado deverá ser averiguado para, se for o caso, efetuar o cancelamento.

Análise:

Citada em exercício anterior pela ausência de recolhimento das contas 212110100002 e 212110200000, também objeto do presente apontamento, a Gestora alegou (TC 1818/2011, fls. 213-214) que tomaria providências para que fosse efetuado um minucioso

levantamento dos saldos existentes nas referidas contas, e que caso os mesmos fossem dados como insubsistentes e indevidos, o setor de contabilidade iria proceder ao devido cancelamento desses saldos, através de decreto específico do Poder Executivo, no exercício de 2012, para regularização dos mesmos. Esta resposta foi dada na data de 02/07/2012, data em que houve resposta ao Termo de Citação 325/2012.

A resposta à citação do presente processo deu-se em 10/07/2013, ou seja, um ano após a resposta dada em face da PCA de 2011. Nota-se que após um ano as alegações de defesa apresentadas pela mesma gestora continuam suscitando a necessidade de se efetuar um levantamento para saber se o valor é devido ou não. Não há esclarecimento do motivo de os valores não terem sido recolhidos a quem de direito e também não se esclarece a data de vencimento das retenções realizadas.

Ressalte-se que o decurso do tempo é crucial neste tipo de pendência, uma vez que o não recolhimento tempestivo das contribuições causa prejuízo à previdência e que o pagamento de atualização monetária, juros e multa em função de atrasos no recolhimento de contribuições, utilizando-se de recursos do Poder Público, são passíveis de ressarcimento aos cofres municipais em face do *caput* do artigo 70 da Constituição do Estado do Espírito Santo (princípio da economicidade).

Ademais, verificou-se que, em 31/12/2012 (PCA do próximo exercício, TC 2885/13, fls. 34), há um crescimento nos valores devidos. Observou-se saldo de R\$ 190.212,88 a serem repassados ao Regime Próprio de Previdência dos Servidores (RPPS: IPAS de Alegre), de R\$ 70.352,38 ao Regime Geral de Previdência (INSS) e de R\$ 8.829,98 INSS Serv. terceiros, indicando que a prática irregular de não recolher tempestivamente as contribuições retidas foi mantida. Assim, conclui-se pela IRREGULARIDADE deste item. (...)

Parecer do Ministério Público de Contas - PPJC - fls. 232/233

"(...)

Denota-se dos autos que a prestação de contas em exame encontra-se maculada de graves irregularidades, consoante o disposto no art. 84, III, "d", da LC n. 621/12, senão vejamos.

Item 3.3.1.1 do RTC 116/2013 (Ausência de repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal)

Examinado o Balanço Patrimonial, Passivo Financeiro e Balancete Extra Orçamentário, constatou o corpo técnico que consta uma obrigação do Fundo Municipal de Educação com o Tesouro Municipal relativa ao Imposto de Renda Retido na Fonte, no valor total de R\$ 21.161,72 (vinte e um mil, cento e sessenta e um reais, e setenta e dois centavos).

Em justificativa, a gestora informa que as contas do "IRRF de Servidores - 212120100" e do "IRRF de Agentes Políticos - 212120500" "receberam movimentação a crédito e a débito durante o exercício de 2011. No entanto, o acúmulo de saldo apurado pela Técnica deverá ser averiguado para prosseguimos, se for o caso, com o cancelamento dos mesmos através de decreto no exercício de 2013".

É sabido que, a teor do disposto no art. 158, I, da Constituição Federal, pertence aos Municípios 'o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem'.

Dessa forma, entende-se que o FME é mero repassador do recurso e o não recolhimento tempestivo à Prefeitura Municipal contraria o mandamento constitucional, que estatuiu que este recurso é uma receita municipal.

Trata-se de grave irregularidade, uma vez que o valor arrecadado e não transferido ao município, deveria integrar o cálculo da receita do imposto de renda municipal, refletindo, assim, prejuízo nas aplicações em saúde e educação.

Item 3.4.1.2 do RTC 116/2013 - Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros

Salienta a área técnica que, "em análise ao Balancete Extra Orçamentário (f. 119) e ao Balanço Patrimonial (Anexo 14, f. 27), constata-se que as contas que evidenciam os valores retidos dos servidores e de terceiros a título de contribuição ao INSS e ao IPAS apresentam indicativos de falta de recolhimento das contribuições às autarquias federal e municipal, respectivamente".

Observa-se que o FME recolheu a contribuição previdenciária das remunerações dos servidores e de terceiros, que deveria ser destinada ao custeio da seguridade social - que se reserva, constitucionalmente, para "assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistência social" (art. 194, da CF) - mas, deixou de dar-lhe a destinação legal, ao abster-se de recolhê-la aos cofres

públicos.

Em sua defesa, alega a gestora que o saldo existente nas contas "Previdência Municipal - 212110100", "INSS 212110200" e "INSS - Serviços de Terceiros - 212130100" vêm se acumulando a vários exercícios e seria necessário realizar um levantamento de apuração e validação destes saldos, uma vez que "os mesmos podem estar insubsistentes ou inconsistentes, pois podem ter sido quitados de forma orçamentária dentre outros motivos que devem ser esclarecidos".

A despeito, informa a área técnica que, na prestação de contas do exercício anterior, a gestora fez semelhantes alegações, em sua defesa, quanto ao mesmo indicativo de irregularidade, mas nada fez para regularizar tais saldos. Observa-se, portanto, meras alegações desprovidas de qualquer intenção de adotar medidas corretivas, não obstante a gravidade da irregularidade.

Registre-se que deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, constitui crime de Apropriação Indébita Previdenciária, tipificado no art. 168-A do Código Penal.

Outrossim, as infrações apuradas consistem em deliberadas omissões do gestor em praticar ato previsto em lei, o que configura ato de improbidade administrativa, consoante art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429/92 e ressalta a natureza grave das irregularidades perpetradas.

Posto isso, oficia o Ministério Público de Contas sejam as presentes contas julgadas IRREGULARES, com fulcro no art. 84, inciso III, alínea "d", da LC n. 621/12, aplicando-se ao responsável multa pecuniária, na forma dos arts. 84, inciso IV, e 135, do indigitado estatuto legal. (...)

Não posso furtar-me a ressaltar a importância do sistema contábil para a administração pública, bem como a gravidade de não se aplicar os princípios estabelecidos pela legislação vigente para que esta Casa e a sociedade possam efetivamente realizar o devido controle dos recursos públicos.

Sem informação tempestiva e fidedigna não há transparência. A legislação contábil e os instrumentos gerados pela contabilidade não podem ser tratados como mero "formalismo", no contexto das contas públicas.

A relevância do sistema de informação contábil está explicitada na própria Constituição Federal nos termos do artigo 70:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

O mandamento constitucional define a fiscalização contábil como um dos objetos do controle externo brasileiro.

Aliado ao fato de que o ato de prestar contas se faz eminentemente por meio dos sistemas de informações contábeis, podemos inferir que tal sistema é o principal instrumento de informação, demonstrando aos interessados como os recursos públicos foram geridos.

Torna-se evidente que o sistema contábil é o responsável por evidenciar os fatos ligados à administração orçamentária, financeira e patrimonial das organizações públicas. Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que sem sistema contábil confiável, fidedigno e consistente, não há como colocar em prática o controle externo e tampouco os princípios relativos à transparência dos atos dos gestores públicos.

Portanto, dada a importância e relevância das informações custodiadas pelo sistema contábil e, por conseguinte, os respectivos instrumentos (balanços, balancetes e relatórios contábeis) que constituem a devida prestação de contas, sua análise e, principalmente, graves inconsistências verificadas nas prestações de contas não devem ser tratadas como um mero formalismo, ou mera inconsistência, que pode ser relevada para fins de apreciação das contas públicas.

Observem-se as irregularidades constantes nos presentes autos.

No que concerne ao item "II.I Ausência de repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal (Item 3.3.1.1, Relatório Técnico Contábil 116/13)", é importante ressaltar que a própria responsável admite haver saldos acumulados por vários exercícios, tendo a área técnica verificado que no exercício posterior (2012) a situação persistiu.

O Fundo Municipal de Educação deve repassar o Imposto de Renda

Retido na Fonte ao Município, em observância ao disposto no art. 158, I da Constituição Federal. A ausência do repasse acarreta prejuízo nas aplicações em saúde e educação básica do Município. Quanto ao item "II.III Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros (Item 3.4.1.2 Relatório Técnico Contábil 116/13)", a responsável também admite haver saldos acumulados por vários exercícios.

A área técnica ressaltou que inclusive a gestora foi citada por esta Corte no exercício anterior pela mesma irregularidade, e na ocasião informou que tomaria providências para regularização.

Observa-se, conforme demonstrado nos presentes autos que a responsável não tomou as medidas necessárias ao recolhimento dos valores à Previdência e também não apontou impropriedades na contabilidade, através de acertos feitos por meio de procedimentos técnico-contábeis de estornos e retificações de lançamentos contábeis.

Além disso, a área técnica detectou que no exercício seguinte a esta Prestação de Contas (2012) a prática de não recolher tempestivamente as contribuições retidas foi mantida.

Não se pode esquecer que a conta referente à retenção de servidores e de terceiros é específica, e qualquer saldo que permaneça nesta conta, a princípio, refere-se ao não recolhimento à Previdência do valor ali inscrito.

A gestora, ao não destinar os valores devidos à seguridade social, deixou de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, nos moldes estabelecidos no art. 194 da Constituição Federal.

Importante registrar, conforme ressaltou o Ministério Público de Contas que a conduta configura improbidade administrativa (consoante art. 11, I da Lei 8.429/92), já que a responsável deixou de praticar ato previsto em lei.

A gravidade da situação por fim é demonstrada em razão de a conduta constituir crime de apropriação indébita previdenciária, tipificado no art. 168-A do Código Penal.

É certo não constituir competência desta Corte apurar, processar ou julgar crimes. Trago à baila o fato de a ação constituir crime apenas para reflexão acerca da gravidade da conduta praticada.

Importante lembrar que não é qualquer lesão a bem jurídico que acarreta atuação do Direito Penal. De acordo com o princípio da intervenção penal mínima, apenas os bens jurídicos considerados vitais para a sociedade são tutelados pelo Direito Penal.

Na situação em análise, o bem jurídico tutelado pela norma penal é o patrimônio da seguridade social, que constitui patrimônio da sociedade.

Desta forma, entendo como irregularidade grave a manutenção deste saldo em conta sem o regular repasse dos valores ao INSS e IPAS.

Assim, enquanto não for esclarecida a procedência deste saldo e confirmada impropriedade na contabilidade, através de acertos feitos através de procedimentos técnico-contábeis de estornos e retificações de lançamentos contábeis, o gestor responsabiliza-se pelo valor registrado.

Desta forma, acompanho o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, para que as presentes contas sejam julgadas irregulares.

3 - DISPOSITIVO

Assim, diante dos fundamentos fáticos e de direito aqui expendidos, peço vênha para discordar do posicionamento do Excelentíssimo Conselheiro Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, e, corroborando com o entendimento da área técnica exarado na Instrução Técnica Conclusiva 6989/2013 (fls. 218 a 228) e do Ministério Público de Contas (fls. 2310 a 233), VOTO:

3.1 Para que a Prestação de Contas Anual do Fundo Municipal de Educação de Alegre, exercício de 2011, sob a responsabilidade da senhora Maria Lúcia Rubini de Oliveira seja julgada Irregular, com fulcro no art. 84, III, d da Lei Complementar nº 621/2012, em razão dos seguintes itens:

- Ausência de repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal (Item 3.3.1.1, Relatório Técnico Contábil 116/13)

Base normativa: Art. 158, inciso I, da Constituição Federal/1988; e artigos 85, 89, 91, 92, 93, 101, 103 e 105 da Lei 4.320/1964;

- Não recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros

Base normativa: Arts. 37 e 195, inciso II, da Constituição Federal/1988; art. 1º, inciso II, da Lei Federal 9.717/1998; art. 30, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei Federal nº 8.212/1991.

3.2 Pela aplicação de multa pecuniária à gestora no valor de no valor de 1500 (um mil e quinhentos) VRTE, com amparo no art. 62 e na forma do art. 96, inc. II, ambos da Lei Complementar Estadual nº 32/93, legislação aplicável à época dos fatos apurados.

3.2 Por determinar, com fundamento nos artigo 57, inciso III, e art. 105, da Lei Complementar nº 621/2012 (Lei Orgânica do TCEES) ao atual responsável pela Prestação de Contas do Fundo Municipal de Educação de Alegre que tome providências necessárias à regularização do repasse do imposto de renda retido na fonte à Prefeitura Municipal e ao recolhimento das contribuições do INSS e do IPAS, retidas dos servidores e de terceiros, ou ainda que, confirmada impropriedade na contabilidade, implemente os acertos através de procedimentos técnico-contábeis de estornos e retificações de lançamentos contábeis pertinentes.

3.3 Pelo monitoramento por parte desta Corte da determinação, nos termos dos arts. 194 e 195 do Regimento Interno desta Corte (Resolução nº 261/2013).

3.4 Por oficiar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Ministério Público Federal os cientificando quanto à ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias retidas dos servidores.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2422/2012, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e sete de maio de dois mil e quatorze, por maioria, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto:

1. Julgar regular com ressalva a Prestação de Contas Anual do Fundo Municipal de Educação do Município de Alegre, relativa ao exercício de 2011, sob a responsabilidade da Sra. Maria Lucia Rubini de Oliveira, dando-lhe a devida quitação;

2. Determinar à gestora ou a quem lhe suceder, o saneamento das irregularidades remanescentes, citadas no voto, devendo as mesmas serem objeto de monitoramento por parte desta Corte de Contas, em eventos posteriores;

3. Determinar à Secretaria-Geral de Controle Externo a constituição de instrumento de fiscalização, na modalidade Monitoramento, para acompanhar os termos desta decisão, conforme artigos 194, 195 e 466 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

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

Vencidos os Conselheiros Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Sérgio Manoel Nader Borges, que votaram pela irregularidade das contas com aplicação de multa, acompanhando a Área Técnica e o Ministério Público Especial de Contas.

Composição Plenária

Presentes a sessão plenária do julgamento os Senhores Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 27 de maio de 2014.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-323/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-7533/2013 (APENSOS: TC-5450/2004 E TC-5843/2007)

JURISDICIONADO - CÂMARA MUNICIPAL DE NOVA VENÉCIA

ASSUNTO - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

RECORRENTE - MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL DE CONTAS

RECORRIDO - JOSÉ ELIAS GAVA

ADVOGADO - EDGAR RIBEIRO DA FONSECA (OAB/ES Nº 6.861)

EMENTA: DENÚNCIA EM FACE DA CÂMARA MUNICIPAL

DE NOVA VENÉCIA - RESPONSABILIDADE: JOSÉ ELIAS

GAVA - PROCEDÊNCIA PARCIAL - ATOS IRREGULARES

-RESSARCIMENTO - MULTA - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

- 1) CONHECER - PROVIMENTO PARCIAL - MANTER MULTA -

2) INSTAURAR TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - NÃO CONHECER - ARQUIVAR.**O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:**

Este processo trata de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público Especial de Contas, através do Procurador Luciano Vieira, inconformado com o Acórdão TC 391/2013, que conheceu do Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. José Elias Gava, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, seguindo o voto do Conselheiro Relator Marco Antônio da Silva, nos seguintes termos:

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-5843/2007, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia primeiro de agosto de dois mil e treze, à unanimidade, nos termos do voto proferido pelo então Relator, Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva:

1. Preliminarmente, **conhecer** do presente Recurso de Reconsideração para, no mérito, dar-lhe **provimento parcial**, excluindo a imputação de ressarcimento constante do Acórdão TC-366/2007 e mantendo a multa de 1500 VRTE's aplicada, devendo essa quantia ser recolhida ao **Tesouro Estadual**, e comprovado o recolhimento perante o Tribunal de Contas, no prazo de 30 dias, a contar da publicação deste Acórdão, nos termos do artigo 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal;

2. **Determinar**, quanto aos itens 3 e 6 do Acórdão TC-366/2007, que tratam, respectivamente, de compra de combustível sem comprovação da finalidade pública e despesa com reprografia sem comprovação da necessidade e da finalidade pública, a instauração de **Tomada de Contas Especial** para apurar a autoria das supostas irregularidades, assim como o *quantum* de possível ressarcimento ao Erário.

O Ministério Público de Contas apresentou suas razões de recurso da seguinte forma:

- Das considerações do recorrente acerca do Cabimento, da Legitimidade e da Tempestividade do Recurso:

O Ministério Público de Contas entende que o Acórdão 391/2013 trata de decisão definitiva de mérito em processo de julgamento de contas da Câmara Municipal de Nova Venécia, referente ao exercício de 2004 e que em razão do exposto é cabível o Recurso de Reconsideração ora interposto.

Para corroborar seu entendimento cita o art. 164 da Lei Complementar nº 621/2012, o art. 5º, LV da Constituição Federal.

A respeito do prazo em dobro concedido ao Ministério Público, cita o art. 157 c/c art. 62, parágrafo único, ambos da Lei Complementar nº 621/2012. Sobre o mesmo assunto informa o recorrente que o Processo TC 5843/2007 ingressou no ministério Público em data de 23/09/2013, conforme fls. 853 e que o presente Recurso de Reconsideração foi protocolado dia 24/09/2013, logo dentro do prazo regimental.

- Das razões de recurso do recorrente:

Transcrevo, de forma resumida, os fundamentos apresentados pelo recorrente:

(...) verifica-se incongruência da fundamentação com a prova dos autos e o direto posto.

O Relator, de forma clara e precisa, relata que "não há nos autos documentação capaz de comprovar que o interesse público efetivamente não foi atingido na despesa", seja com combustível ou com reprografia. Afirma, peremptoriamente, que o recorrente não trouxe documentos que possuem o condão de afastar a irregularidade.

Empiricamente, se o gestor não fez prova e nem tampouco trouxe aos autos documentos idôneos aptos a confirmar que as despesas foram realizadas em razão de finalidade pública, essa Corte de contas não poderia determinar a instauração de tomada de contas especial, vez que já especificados o responsável e o quantum do prejuízo causado ao erário.

(...) É do gestor o ônus de comprovar a regular aplicação dos recursos públicos.

Cita jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal.

(...) Com efeito, as argumentações expendidas pelo recorrente não possuem o condão de comprovar a efetiva finalidade dos gastos públicos, nem tampouco o Acórdão recorrido, pois este imputa ao Tribunal de Contas o dever de produzir prova. Teratológico.

Diz ainda, o recorrente que:

(...) não se faz mais necessária qualquer produção de provas por meio de instauração de Tomada de Contas Especial para o deslinde dos capítulos 3 e 6, traduzindo-se em verdadeira procrastinação da demanda.

Ante o exposto, requer o Ministério Público de Contas:

(...) seja o presente recurso de reconsideração recebido, conhecido e provido para reformar o Acórdão TC- 391/2013, mantendo-se as irregularidades afastadas do acórdão de plano (capítulos 3 e 6), bem assim a importância a ser ressarcida ao erário municipal, no montante de R\$ 56.739,80 (cinquenta e seis mil, setecentos e trinta e nove reais e oitenta centavos) equivalente a 38.116,22 VRTE (trinta e oito mil, centos e dezesseis VRTE e vinte e vinte e dois centésimos).

A 8ª Controladoria Técnica manifesta-se às fls. 16/22, através da Instrução Técnica de Recurso ITR 40/2014, nos seguintes termos, sem soma:

(...)

...embora a Lei Orgânica desta Corte disponha que a interposição do Recurso de Reconsideração só é possível uma única vez, a melhor interpretação do referido dispositivo é que o recurso seria cabível uma vez para o interessado e uma vez para o Ministério Público.

É o relatório.

Inicialmente, registra-se que os autos vieram a este Relator com base no art. 154 da Lei Complementar nº 621/2012 e art. 256, parágrafo único da Resolução 261/2013.

Aprecia-se, nos presentes autos, Recurso de Reconsideração manejado pelo Ministério Público junto a esta Corte contra os termos do Acórdão TC 391/2013.

Registra-se no caso em estudo que o presente feito já consta com Recurso de Reconsideração (Processo TC 5843/2007, em apenso) interposto pelo responsável. Desse recurso foi gerado o Acórdão 391/2013 que lhe concedeu provimento parcial, excluindo a imputação de ressarcimento da importância equivalente a 38.116,22 VRTE e mantendo a multa aplicada de 1.500 VRTE's, em relação aos itens "3" e "6". Vejamos:

3 - Compra de combustível sem comprovação de finalidade pública, no montante de R\$ 50.969,78, correspondente a 34.240,08 VRTE - Infringência ao Princípio da Finalidade Pública;

6 - Despesa com reprografia sem comprovação da necessidade e da finalidade pública, no montante de R\$ 5.770,02 equivalente a 3.876,14 VRTE - Infringência ao artigo 45, § 2º d Constituição Federal.

Conforme Termo de Verificação nº 024/2013, de fls. 860/861 (Processo TC 5843/2007, em apenso), o responsável procedeu ao recolhimento da multa a ele imputada.

A Lei Orgânica deste Tribunal de Contas (Lei Complementar nº 621/2013) reserva, a partir do art. 152, um conjunto de dispositivos que visa regular, na esfera desta Corte de Contas, os recursos que podem ser interpostos pelos interessados.

A Lei Complementar nº 621/2012 contempla quatro espécies recursais: o Recurso de Reconsideração, o Pedido de Reexame, os Embargos de Declaração e o Agravo. Cada um deles com hipóteses delimitadas pela própria norma e com os efeitos nela previstos.

Analisa-se, desta feita, a admissibilidade do presente Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, contra os termos do Acórdão 391/2013, exarado nos autos do processo de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. José Elias Gava.

DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS:

1) DA COMPETÊNCIA PARA REALIZAR O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: O Regimento Interno desta Corte de Contas trata da competência para realizar o juízo de admissibilidade dos recursos no art. 288, XVI:

Art. 288. O Relator será juiz do feito que lhe for distribuído, competindo-lhe:

XVI - emitir juízo prévio de admissibilidade como condição para o processamento de recurso ou pedido de revisão, sem prejuízo do exame dos pressupostos recursais na fase de julgamento;

2) DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que os autos forma entregues ao Membro do ministério Público de Contas em 07/10/2013, conforme fls. 863 do Processo TC 5843/2007 e que o presente recurso foi interposto em data de 09/10/2013, tem-se o mesmo como tempestivo, de acordo com o art. 157 c/c art. 66, V da Lei Complementar nº 621/2012.

3) DO CABIMENTO DA ESPÉCIE RECURSAL:

O Ministério Público de Contas, ao impetrar Recurso de Reconsideração contra Acórdão prolatado na mesma espécie recursal diz que:

No caso, a deliberação a ser recorrida - Acórdão TC-391/2013 - trata-se de decisão definitiva em processo de julgamento de contas da Câmara Municipal de Nova Venécia, referente ao exercício de 2004, portanto, admissível, à luz do regramento acima exposto, o cabimento do Recurso de Reconsideração.

Ademais, entender de forma distinta, seria ir de encontro ao dispositivo constitucional inserto no inciso L V, art. 5º, pois ficaria esvaziada a possibilidade do Ministério Público de Contas de protestar acerca de uma decisão injusta e ilegal.

Passo a discorrer meu entendimento a respeito do cabimento do presente Recurso, inclusive manifestando-me em sentido diverso ao entendimento exposto pela 8ª controladoria Técnica que opina pela possibilidade de interposição do Recurso de Reconsideração, uma vez pela parte e uma vez pelo Ministério Público de Contas.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição tem como finalidade assegurar à parte ou a o interessado o direito de rever o julgado em seu desfavor, com a reavaliação das questões debatidas com o objetivo de corrigir eventuais erros ou rever o que foi imputado de forma indesejada ou contrária a seu interesse.

Há, porém, outros princípios que se apresentam como fundamentais à interposição, recepção, processamento e conhecimento dos recursos nas diversas áreas do direito.

NOBREGA (2003), baseando-se nas lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, aponta com propriedade os demais requisitos a serem observados:

A taxatividade delimita as espécies recursais, informando quais são os recursos possíveis. A singularidade impõe o dever de que se compatibilize a espécie recursal utilizada ao tipo e natureza da decisão prolatada. A fungibilidade possibilita que se venha a admitir como adequado o recurso interposto com diversa denominação, embora revestido dos requisitos da espécie cabível e que, por decorrência de dúvida razoável, não foi corretamente interposta. A reformatio in pejus veda a prolação de decisão desfavorável ao interesse da parte recorrente, limitando a atuação da esfera ad quem que não pode agravar a situação daquele que interpôs o recurso. NÓBREGA, Airton Rocha. Recursos nos Tribunais de Contas, 2003.

Assim os princípios adotados na teoria geral dos recursos têm ampla aplicação nos Recursos específicos dos Tribunais de Contas.

O art. 164 da Lei Complementar nº 621/2012 dispõe sobre o Recurso de Reconsideração:

Art. 164. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado **uma só vez** e por escrito, pela parte, **pelo interessado ou pelo Ministério Público** junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar. (grifo nosso)

De acordo com o disposto no dispositivo citado, o Recurso de Representação ora apresentado não preenche os pressupostos de admissibilidade do art. 164, *caput*, da Lei Orgânica deste Tribunal, por já haver sido apresentado, uma vez, por escrito nesta Corte.

O Princípio da unicidade dos recursos destina-se a garantir, de acordo com as possibilidades, a celeridade processual, assegurando-se a qualquer uma das partes, sem prejuízo para sua defesa, a interposição de recurso, quando se tratar da mesma matéria e do mesmo objeto que se procura impugnar, **uma única vez**.

Com efeito, se assim não o fosse, cada processo se perderia numa mistura de recursos e ações que podem despontar de cada decisão judicial.

O fato analisado nestes autos é que o Ministério Público de Contas apresentou Recurso de Reconsideração contra o Acórdão TC 391/2013, exarado no Processo TC 5843/2007 que consiste em decisão proferida em Recurso de Reconsideração, interposto pelo responsável, Sr. José Elias Gava.

Ressalta-se que o princípio da univocidade não impede de que ambas as partes interponham recursos concomitantes quando diante de sucumbência recíproca, o que não é o caso.

No presente caso houve preclusão consumativa e temporal, uma vez que caberia Recurso de Reconsideração tanto da parte quanto do Ministério Público contra o Acórdão preferido na Denúncia, no caso de ambos estarem insatisfeitos com a decisão.

No caso em tela, já houve esse tipo de recurso apresentado pelo responsável junto a esta Corte, sem a superveniência de fatos novos. Assim, entendo que não devem ser conhecidos por este Tribunal recursos da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela sua natureza, interpostos pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCE, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto.

Ante o quadro delineado, tenho por induvidosa a vedação consubstanciada no princípio da unicidade dos recursos, e a incidência da preclusão consumativa e temporal no caso presente, pela impossibilidade de se colocar em prática o ato desejado, em virtude de já ter sido praticado outro com ele incompatível.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 3883-35/08-2 – 2ª Câmara, quando de dupla interposição de Recurso de Reconsideração, decidiu pelo não conhecimento:

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara
TC 700.054/1998-7

Natureza: Recurso de Reconsideração

Entidade: Município de Cardoso/SP

Responsáveis: Edson Borges de Paula Júnior (CPF: 184.558.578-03), Luciana Cespede Borges (CPF: 147.533.738-86), Amauri Jose Frias (CPF: 745.540.778-53), Daniela Cespede Borges (CPF: 147.533.848-10), Edson Borges de Paula (CPF: 244.747.548-91)

Recorrente: Ministério Público junto ao TCU

Advogados constituídos nos autos: Jair César Nattes (OAB/SP 101.352)

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. NÃO-CONHECIMENTO.

1. Os procedimentos processuais fixados em lei devem ser obedecidos rigorosamente, pois não é dado nem às partes nem aos órgãos judiciais criar, por acordo, ritos ou procedimentos não previstos em lei, ou desprezar os trâmites legais.

2. Os recursos devem acomodar-se às formas e às oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé.

3. O princípio do duplo grau de jurisdição não pretende, necessariamente, reexaminar todas as matérias ao menos duas vezes. Este tem como finalidade apenas corrigir possíveis falhas cometidas no julgamento da matéria pelo juízo inferior.

4. O juízo superior reexamina matéria já discutida ou examina matéria nova, desde que devidamente autorizado expressamente por lei e na forma da lei.

5. Não se conhece de recurso de reconsideração contra recurso de reconsideração, ainda que o primeiro tenha sido interposto com fundamento em fato novo, tendo em vista a ausência de autorização legal.

No mesmo sentido transcrevo outro julgado, mais recente, também do TCU:

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

AC-7603-45-1 – Acórdão 7803/2012

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Recurso de Reconsideração)

Entidade: Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) - MEC

Interessado: Ministério Público junto ao TCU;

Responsável: Francisco Mariano da Rocha de Souza Lima (CPF 869.112.958-15), ex-bolsista

Recorrente: Ministério Público junto ao TCU

Sumário: Recurso de reconsideração interposto pelo MP/TCU contra decisão que julgou recurso de reconsideração. Não conhecimento, com base nos arts. 278, § 4º, do RI/TCU.

Nos termos do art. 278, § 4º, do Regimento Interno, não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCU, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto.

Ao final, o Ministério Público ampara-se no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988, que assegura aos litigantes do direito ao contraditório e a ampla defesa.

Entendo que não há que se falar em desrespeito ao art. 5º, LV da Carta Magna, uma vez que tanto o contraditório quanto a ampla defesa foram sobejamente assegurados nos autos.

Tanto é assim que o *parquet* de Contas, ora recorrente, se manifesta em todas as fases processuais, inclusive no Recurso de Reconsideração do qual agora recorre.

Diante do exposto, VOTO no sentido de que o egrégio Plenário:

I. Não conheça do Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público junto a esta Corte, uma vez que já restou consumada a oportunidade de recorrer, nos termos do art. 164 da Lei Complementar nº 621/2013, haja vista que o Recurso de Reconsideração já foi apresentado por escrito nesta Corte, e além disso, o ministério Público de Contas teve a oportunidade de manifestar-se em todas as fases processuais, inclusive no Recurso de Reconsideração do qual agora recorre;

II. Dê ciência ao recorrente do teor da decisão.

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1- RELATÓRIO

Com o propósito de examinar de forma mais detida a matéria em discussão, particularmente no que se refere à possibilidade de interposição de Recurso de Reconsideração pelo Ministério Público de Contas em face de Acórdão que reformou decisão primeira, também aprovada por meio de Acórdão, da qual o órgão ministerial não houvera recorrido eis que não fora sucumbente.

Em seu voto, o Relator, Conselheiro **Sérgio Aboudib Ferreira Pinto**, divergindo do entendimento da área técnica deste Tribunal, propõe que não seja conhecido o Recurso. Por conta dessa divergência, pedi vista dos presentes autos, o que me permitiu elaborar o presente

Voto-vista que neste instante submeto Plenário, precedido do breve relatório.

Inicialmente assinalo que o presente feito cuida de Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas em face do Acórdão TC 391/2013, que deu provimento parcial ao Recurso de Reconsideração proposto pelo Sr. José Elias Gava, Presidente da Câmara Municipal de Nova Venécia, para reformar o Acórdão TC 366/2007, que condenou o gestor em multa no valor correspondente a 1.500 VRTE, bem como ressarcir o erário municipal a importância equivalente a 38.116,22 VRTE, por atos de gestão ocorridos no exercício 2004.

Em sua peça recursal, o Ministério Público de Contas, discorrendo sobre o cabimento, legitimidade e tempestividade do Recurso, aduziu:

Preceitua o art. 164 da Lei Complementar nº. 621/2012 que “de decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar”.

No caso, a deliberação a ser recorrida - Acórdão TC-391/2013 - trata-se de decisão definitiva em processo de julgamento de contas da Câmara Municipal de Nova Venécia, referente ao exercício de 2004, portanto, admissível, à luz do regramento acima exposto, o cabimento do Recurso de Reconsideração.

Ademais, entender de forma distinta, seria ir de encontro ao dispositivo constitucional inserto no inciso LV, art. 5º, pois ficaria esvaziada a possibilidade do Ministério Público de Contas de protestar acerca de uma decisão injusta e ilegal.

Igualmente, diante do regramento acima transcrito, não se pode olvidar da legitimidade do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas de formular, uma só vez, o presente Recurso.

[...] dispõe o art. 157 da Lei Complementar nº. 621/2012 que, “o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas disporá de prazo em dobro para interposição de recurso”, iniciando-se, portanto, sua contagem com a entrega dos autos com vista ao órgão ministerial (art. 62, parágrafo único).

Assim, denota-se à fls. 853, que os autos ingressaram na Secretaria do Ministério Público no dia 23.09.2013. Logo, a contagem do prazo para a interposição do recurso de reconsideração iniciou-se no dia 24.09.2013.

Perfaz-se, assim, cabível, legítimo e tempestivo o presente apelo. Chamada a se pronunciar acerca da matéria, a 8ª SECE assim opinou:

[...] observa-se que a parte é capaz e possui interesse e legitimidade processual.

No que tange à tempestividade do recurso, entende-se que a aplicação dos dispositivos da Lei Orgânica e do Regimento Interno deste Tribunal de Contas deve ser em conjunto com a previsão da Lei nº 8.625/93, que em seu artigo 41, inciso IV, reconhece como prerrogativa dos membros do Ministério Público, dentre outras, a intimação pessoal por meio da entrega dos autos com vista.

Assim, considerando que os autos foram entregues ao membro do Ministério Público Especial de Contas em 07/10/2013, conforme fls.863 do Processo TC 5843/2007, e que o presente recurso foi interposto em 09/10/2013, tem-se o mesmo como TEMPESTIVO.

Quanto ao cabimento da interposição do presente Recurso de Reconsideração pelo Ministério Público passa-se a tecer as seguintes considerações: de um lado pode-se observar que o artigo 164, da Lei Orgânica deste Tribunal (Lei Complementar nº 621, de 8 de março de 2012) estabelece que o Recurso de Reconsideração só poderá ser interposto uma vez, conforme transcreve-se a seguir:

Artigo 164. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar.

Da leitura do referido dispositivo pode parecer, em um primeiro momento, que só seria cabível a interposição do Recurso de Reconsideração uma única vez, seja pela parte ou pelo Ministério Público. No entanto, esta interpretação não é a que mais se coaduna com as regras e princípios constitucionais vigentes.

O Ministério Público, conforme o disposto no artigo 127, da Constituição Federal, é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Junto ao Tribunal de Contas, o Ministério Público exerce função

essencial, conforme bem preceitua o artigo 38, do Regimento Interno desta Corte de Contas (Resolução nº 261, de 4 de junho de 2013), que em seus incisos assim estabelece:

Artigo 38. Compete ao Ministério Público junto ao Tribunal, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução:

Promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;

Emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal, com exceção dos processos administrativos internos;

Interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;

Juntar documentos, produzir provas e requerer medidas ou diligências que julgar necessárias;

Comparecer às sessões do Plenário e das Câmaras;

[...]

[...] o Ministério Público Especial de Contas tem importante papel nos Tribunais de Contas, cabendo-lhe, dentre outras, a função de emitir pareceres escritos em todos os processos [...] e o de interpor recursos (incisos II e III, do dispositivo acima referenciado).

[...]

Neste sentido, o fato de ser obrigatória a emissão de pareceres em todos os processos, mesmo em recursos, não impede que o Ministério Público formule o seu próprio recurso, oportunidade única que tem de fazer pedidos, uma vez que, quando lavra pareceres, ele, tão somente, emite a sua opinião.

Além disso, no presente caso, verifica-se que o interesse recursal do Ministério Público surgiu apenas após a lavratura do Acórdão que reformou a decisão originária, excluindo o ressarcimento em relação a dois itens irregulares.

Deste modo, embora a Lei Orgânica desta Corte disponha que a interposição de Recurso de Reconsideração só é possível uma única vez, a melhor interpretação do referido dispositivo é que o recurso seria cabível uma vez para o interessado e uma vez para o Ministério Público.

Tal interpretação não contraria, mas, ao contrário, confirma o disposto no artigo 164, da Lei Orgânica desta Corte de Contas, que estabelece a possibilidade de interposição do referido recurso das decisões definitivas em processo de prestação ou tomada de Contas. Isso porque, a decisão definitiva para a interposição do recurso pelo interessado surgiu com a lavratura do Acórdão original, porém, para o Ministério Público, a decisão definitiva só passou a existir, por ocasião do Acórdão que reformou o originário, fazendo nascer para este o interesse recursal.

Interpretar de maneira diversa seria restringir a atuação do Ministério Público Especial de Contas que, conforme dispõe a Constituição Federal e o ordenamento vigente deste Tribunal, deve ser plena na defesa dos interesses da sociedade, da ordem jurídica e do regime democrático, pelos quais tem o dever de atuar.

A mesma solução, no entanto, não seria possível caso o interessado fizesse uso do Recurso de Reconsideração por duas vezes. Exemplificando, podemos mencionar uma situação em que o interessado interpusse Recurso de Reconsideração e, ao obter como resultado o provimento parcial, propusesse novamente o mesmo recurso, pedindo então o seu provimento total. Isso sim seria ofender o Princípio da Singularidade Recursal, que estabelece que determinados tipos de recursos, só podem ser oferecidos uma única vez. Isso porque, no exemplo referenciado, estaríamos diante da possibilidade de Recursos de Reconsideração infundáveis.

Do mesmo modo também não seria admissível, caso as contas fossem julgadas regulares e o Ministério Público interpusse Recurso de Reconsideração, uma vez que, neste caso o Interessado seria chamado para oferecer contrarrazões ao recurso ministerial.

No presente caso, no entanto, a situação é diversa. Em primeiro lugar, porque o interesse recursal por parte do órgão ministerial só surgiu por ocasião do julgamento do Recurso de Reconsideração interposto pelo interessado, não sendo suficiente que ele apenas emitisse parecer. Além disso, o Ministério Público exerce função essencial na defesa da sociedade e da ordem jurídica, o que lhe é conferido pela própria Constituição Federal, diversamente do interessado que atua em seu próprio interesse.

Ressalta-se ainda, que não podem ser acolhidos os argumentos acerca da possibilidade de serem interpostos infundáveis recursos de reconsideração e ainda, sobre a necessidade de preservação da singularidade recursal, pois, tanto o Ministério Público quanto o interessado só poderiam interpor o Recurso de Reconsideração uma única vez.

Diversamente, o Tribunal de Contas da União, entendeu, na decisão TC nº 700.054/1998-7, que em razão dos Princípios da Taxatividade e da Singularidade recursal, não seria cabível a interposição de Recurso de Reconsideração pelo Ministério Público da decisão que em outro Recurso de Reconsideração reformou o Acórdão originário.

Na oportunidade, aquela Corte, argumentou, inclusive, que não estaria tolhida a atuação do órgão, que deverá emitir pareceres em tais processos.

No entanto, possuindo entendimento diverso, pelos argumentos já explicitados, opina-se pelo conhecimento do presente Recurso de Reconsideração.

Na sessão Plenária de 22 de abril do corrente, o Relator, o eminente Conselheiro **Sérgio Aboudib Ferreira Pinto**, apresentou voto em que sustentou o que segue adiante.

[...]

Registra-se no caso em estudo que o presente feito já consta com Recurso de Reconsideração (Processo TC 5843/2007, em apenso) interposto pelo responsável. Deste recurso foi gerado o Acórdão 391/2013 que lhe concedeu provimento parcial, excluindo a imputação de ressarcimento da importância equivalente a 38.116,22 VRTE e mantendo a multa aplicada de 1.500 VRTE's, em relação aos itens "3" e "6". Vejamos:

3 – Compra de combustível sem comprovação de finalidade pública, no montante de R\$ 50.969,78, correspondente a 34.240,08 VRTE – Infringência ao Princípio da Finalidade Pública;

6 – Despesa com reprografia sem comprovação da necessidade e da finalidade pública, no montante de R\$ 5.770,02 equivalente a 3.876,14 VRTE – Infringência ao artigo 45, § 2º d Constituição Federal.

Conforme Termo de Verificação nº 024/2013, de fls. 860/861 (Processo TC 5843/2007, em apenso), o responsável procedeu ao recolhimento da multa a ele imputada.

A Lei Orgânica deste Tribunal de Contas (Lei Complementar nº 621/2013) reserva, a partir do art. 152, um conjunto de dispositivos que visa regular, na esfera desta Corte de Contas, os recursos que podem ser interpostos pelos interessados.

A Lei Complementar nº 621/2012 contempla quatro espécies recursais: o Recurso de Reconsideração, o Pedido de Reexame, os Embargos de Declaração e o Agravo. Cada um deles com hipóteses delimitadas pela própria norma e com os efeitos nela previstos.

DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS:

DA COMPETÊNCIA PARA REALIZAR O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE: O Regimento Interno desta Corte de Contas trata da competência para realizar o juízo de admissibilidade dos recursos no art. 288, XVI:

Art. 288. O Relator será juiz do feito que lhe for distribuído, competindo-lhe:

XVI - emitir juízo prévio de admissibilidade como condição para o processamento de recurso ou pedido de revisão, sem prejuízo do exame dos pressupostos recursais na fase de julgamento;

2) DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que os autos forma entregues ao Membro do ministério Público de Contas em 07/10/2013, conforme fls. 863 do Processo TC 5843/2007 e que o presente recurso foi interposto em data de 09/10/2013, tem-se o mesmo como tempestivo, de acordo com o art. 157 c/c art. 66, V da Lei Complementar nº 621/2012.

3) DO CABIMENTO DA ESPÉCIE RECURSAL:

O Ministério Público de Contas, ao impetrar Recurso de Reconsideração contra Acórdão prolatado na mesma espécie recursal diz que:

No caso, a deliberação a ser recorrida - Acórdão TC-391/2013 - trata-se de decisão definitiva em processo de julgamento de contas da Câmara Municipal de Nova Venécia, referente ao exercício de 2004, portanto, admissível, à luz do regramento acima exposto, o cabimento do Recurso de Reconsideração.

Ademais, entender de forma distinta, seria ir de encontro ao dispositivo constitucional inserto no inciso L V, art. 5º, pois ficaria esvaziada a possibilidade do Ministério Público de Contas de protestar acerca de uma decisão injusta e ilegal.

Passo a discorrer meu entendimento a respeito do cabimento do presente Recurso, inclusive manifestando-me em sentido diverso ao entendimento exposto pela 8ª controladoria Técnica que opina pela possibilidade de interposição do Recurso de Reconsideração, uma vez pela parte e uma vez pelo Ministério Público de Contas.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição tem como finalidade assegurar à parte ou a o interessado o direito de rever o julgado em seu desfavor, com a reavaliação das questões debatidas com o objetivo de corrigir eventuais erros ou rever o que foi imputado de forma indesejada ou contrária a seu interesse.

Há, porém, outros princípios que se apresentam como fundamentais à interposição, recepção, processamento e conhecimento dos recursos nas diversas áreas do direito.

NOBREGA (2003), baseando-se nas lições de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, aponta com propriedade os demais requisitos a serem observados:

A taxatividade delimita as espécies recursais, informando quais

são os recursos possíveis. A singularidade impõe o dever de que se compatibilize a espécie recursal utilizada ao tipo e natureza da decisão prolatada. A fungibilidade possibilita que se venha a admitir como adequado o recurso interposto com diversa denominação, embora revestido dos requisitos da espécie cabível e que, por decorrência de dúvida razoável, não foi corretamente interposta. A reformatio in pejus veda a prolação de decisão desfavorável ao interesse da parte recorrente, limitando a atuação da esfera da quem que não pode agravar a situação daquele que interpôs o recurso. NÓBREGA, Airton Rocha. Recursos nos Tribunais de Contas, 2003.

Assim os princípios adotados na teoria geral dos recursos têm ampla aplicação nos Recursos específicos dos Tribunais de Contas.

O art. 164 da Lei Complementar nº 621/2012 dispõe sobre o Recurso de Reconsideração:

Art. 164. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do Plenário, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte, pelo interessado ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, dentro do prazo de trinta dias, contados na forma prevista nesta Lei Complementar. (grifo nosso)

De acordo com o disposto no dispositivo citado, o Recurso de Representação ora apresentado não preenche os pressupostos de admissibilidade do art. 164, caput, da Lei Orgânica deste Tribunal, por já haver sido apresentado, uma vez, por escrito nesta Corte.

O Princípio da unicidade dos recursos destina-se a garantir, de acordo com as possibilidades, a celeridade processual, assegurando-se a qualquer uma das partes, sem prejuízo para sua defesa, a interposição de recurso, quando se tratar da mesma matéria e do mesmo objeto que se procura impugnar, **uma única vez**.

Com efeito, se assim não o fosse, cada processo se perderia numa mistura de recursos e ações que podem despontar de cada decisão judicial.

O fato analisado nestes autos é que o Ministério Público de Contas apresentou Recurso de Reconsideração contra o Acórdão TC 391/2013, exarado no Processo TC 5843/2007 que consiste em decisão proferida em Recurso de Reconsideração, interposto pelo responsável, Sr. José Elias Gava.

Ressalta-se que o princípio da unirecorribilidade não impede de que ambas as partes interponham recursos concomitantes quando diante de sucumbência recíproca, o que não é o caso.

No presente caso houve preclusão consumativa e temporal, uma vez que caberia Recurso de Reconsideração tanto da parte quanto do Ministério Público contra o Acórdão preferido na Denúncia, no caso de ambos estarem insatisfeitos com a decisão.

No caso em tela, já houve esse tipo de recurso apresentado pelo responsável junto a esta Corte, sem a superveniência de fatos novos. Assim, entendo que não devem ser conhecidos por este Tribunal recursos da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela sua natureza, interpostos pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCE, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto.

Ante o quadro delineado, tenho por indubitosa a vedação consubstanciada no princípio da unicidade dos recursos, e a incidência da preclusão consumativa e temporal no caso presente, pela impossibilidade de se colocar em prática o ato desejado, em virtude de já ter sido praticado outro com ele incompatível.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 3883-35/08-2 – 2ª Câmara, quando de dupla interposição de Recurso de Reconsideração, decidiu pelo não conhecimento:

GRUPO I – CLASSE I – Segunda Câmara

TC 700.054/1998-7

Natureza: Recurso de Reconsideração

Recorrente: Ministério Público junto ao TCU

Sumário: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. NÃO-CONHECIMENTO.

1. Os procedimentos processuais fixados em lei devem ser obedecidos rigorosamente, pois não é dado nem às partes nem aos órgãos judiciais criar, por acordo, ritos ou procedimentos não previstos em lei, ou desprezar os trâmites legais.

2. Os recursos devem acomodar-se às formas e às oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé.

3. O princípio do duplo grau de jurisdição não pretende, necessariamente, reexaminar todas as matérias ao menos duas vezes. Este tem como finalidade apenas corrigir possíveis falhas cometidas no julgamento da matéria pelo juízo inferior.

4. O juízo superior reexamina matéria já discutida ou examina matéria nova, desde que devidamente autorizado expressamente por lei e na forma da lei.

5. Não se conhece de recurso de reconsideração contra recurso de reconsideração, ainda que o primeiro tenha sido interposto com fundamento em fato novo, tendo em vista a ausência de autorização legal.

No mesmo sentido transcrevo outro julgado, mais recente, também do TCU:

GRUPO II – CLASSE I – Primeira Câmara

AC-7603-45-1 – Acórdão 7803/2012

Natureza: Recurso de Reconsideração (em Recurso de Reconsideração)

Recorrente: Ministério Público junto ao TCU

Sumário: Recurso de reconsideração interposto pelo MP/TCU contra decisão que julgou recurso de reconsideração. Não conhecimento, com base nos arts. 278, § 4º, do RI/TCU.

Nos termos do art. 278, § 4º, do Regimento Interno, não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCU, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto.

[...]

Entendo que não há que se falar em desrespeito ao art. 5º, LV da Carta Magna, uma vez que tanto o contraditório quanto a ampla defesa foram sobejamente assegurados nos autos.

Tanto é assim que o parquet de Contas, ora recorrente, se manifesta em todas as fases processuais, inclusive no Recurso de Reconsideração do qual agora recorre.

Concluído o relatório, passo ao **voto-vista**.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

2.1- Do Ministério Público de Contas

O Ministério Público de Contas é um órgão de extração constitucional que, juntamente com o Tribunal de Contas, ganhou espaço no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional.

É órgão de importância social inigualável e vital para velar pelo funcionamento regular do Tribunal de Contas e de sua atuação na atividade de controle externo, razão pela qual a sua atuação é obrigatória em todos os processos sujeitos às Corte de Contas.

Destaca a doutrina de *Monique Cheker* que a expressão “direitos”, prevista no art. 130 da CRFB/88, não pode ser vista na sua literalidade, de modo a restringi-los àqueles relacionados no comando de remissão à Seção I do Capítulo IV da Carta Maior.

Não cabe tomar essa expressão do texto constitucional como mera proteção subjetiva dos integrantes do *Parquet*, mas como referente a garantias e prerrogativas relacionadas ao cargo.

Acrescenta que devem ser aplicados ao Ministério Público de Contas os “direitos” previstos em leis infraconstitucionais que assegurem a eficácia dos preceitos constitucionais.

Até porque de nada adiantaria a previsão de garantia ou prerrogativas na Constituição Federal, sem base legal que permita sua consubstanciação. Aliás, foi nessa linha que também entendeu o Supremo Tribunal Federal, ao afirmar expressamente no julgamento ADI 789 que aos membros do Ministério Público Especial é aplicado o mesmo estatuto jurídico de seus pares do Ministério Público comum.

Assim, tendo em vista as funções exercidas pelo Ministério de Contas, as quais protegem relevantes interesses da sociedade, o ordenamento jurídico confere uma série de prerrogativas ínsitas ao cargo, que também visam, sob o aspecto funcional, a uma garantia de maior independência, com vistas ao fiel e completo exercício de suas atribuições.

Essas prerrogativas, como dispõe o art. 41 da Lei nº 8.625/1993, são instrumentos para o integral exercício da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis.

De sua vez, o legislador estadual, seguindo o entendimento do STF, fixou expressamente na Lei Complementar nº 451/2008 o seguinte: Aos membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da Lei Orgânica do Ministério Público Estadual, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, remuneração, vedações, regime disciplinar e forma de investidura.

Ainda no âmbito estadual, a Lei Orgânica deste Tribunal assim fixou em seu art. 32:

§ 1º Ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas aplicam-se os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

2.2 – Normas que regem a atuação do Parquet no processo de controle externo

Os processos dos Tribunais de Contas são regidos por suas leis orgânicas e pelos seus regimentos internos.

Estes (os regimentos internos), segundo o entendimento do Ministro Carlos Ayres Brito na ADC-MC nº 12, por força do art. 96, I, “a”, c/c art. 73 e 75 da CFRB/88, têm natureza ambivalente, isto é,

possuem normas primárias, no que tange às competências e ao funcionamento de seus órgãos deliberativos e administrativos, e normas derivadas, pertencendo à necessária “observância das normas de processo e das garantias processuais das partes” (cf. ADI 1.098-SP, Rel. Min. Marco Aurélio; ADI 1.985, Rel. Min. Eros Grau; ADI 2.763, Rel. Min. Gilmar Mendes; entre outros).

Essa compreensão do STF, ante a ausência de lei nacional disposta sobre processo de contas, torna compulsória a aplicação do Código de Processo Civil pelos órgãos de controle externo, particularmente no aquilo que trate da atuação do Ministério Público de Contas e de suas garantias processuais.

Nesse ponto, andou bem o legislador estadual, quando fixou na Lei Orgânica deste Tribunal:

Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.

De sua vez, sobre a atuação dos Procuradores de Contas, a Lei Complementar Estadual nº 451/2008 assim dispôs:

Art. 3º Compete aos Procuradores Especiais de Contas, além de outras atribuições estabelecidas na Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas:

I - promover a defesa da ordem jurídica, representando contra a ilegitimidade ou irregularidade de qualquer despesa;

II - emitir parecer escrito em todos os processos sujeitos à apreciação do Tribunal na

forma que dispuser a Norma Interna do Ministério Público Especial de Contas e a Lei

Orgânica do Tribunal de Contas, com exceção dos processos administrativos internos;

III - interpor os recursos e requerer as revisões previstas em lei;

IV - juntar documentos, produzir provas e requerer medidas ou diligências que julgar necessárias;

V - comparecer às sessões do Tribunal Pleno;

VI - prover as medidas necessárias ao efetivo respeito ao ordenamento jurídico;

VII - encaminhar os Títulos Executivos emitidos pelo Tribunal de Contas, por meio de ofício, a fim de que os órgãos competentes adotem as providências cabíveis.

Consoante o que até aqui foi exposto, portanto, é forçoso concluir que a abrangência da expressão “direitos”, inserta no art. 130 da CRFB/88, faz estender ao Ministério Público de Contas, além das garantias diretamente derivadas da Constituição Federal, outras tantas dispostas nas leis orgânicas, inclusive do Tribunal de Contas, e em leis esparsas, entre elas, reiterando, o Código de Processo Civil.

Logo, no processo do Tribunal de Contas, o Ministério Público de Contas, além da sua obrigatória atuação como *custos legis* em todos os processos de controle externo, também pode representar, requerer providências, entre as quais as medidas de arresto de bens, pedir vistas de processo ou manifestar-se oralmente nas sessões dos colegiados, bem como ingressar com os recursos e revisão, previstos na LC 621/2012 e no Regimento Interno desta Corte de Contas.

2.3 – Do exame do caso concreto

No caso vertido nos autos, vê-se que o nobre Relator votou pelo não conhecimento do Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, em síntese, sob o argumento de “... que já restou consumada a oportunidade de recorrer, nos termos do art. 164 da Lei Complementar nº 621/2013 [...], haja vista que o Recurso de Reconsideração já foi apresentado por escrito nesta Corte, e além disso, o Ministério Público de Contas teve a oportunidade de manifestar-se em todas as fases processuais, inclusive no Recurso de Reconsideração do qual agora recorre”

Sustenta o eminente Relator que o pedido do Ministério Público encontra indubitosa vedação consubstanciada no princípio da unicidade dos recursos, além de consubstanciar hipótese de incidência da preclusão consumativa e temporal.

De fato, o Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto abordou muito bem a teoria geral dos recursos e a sua ampla incidência no processo do Tribunal de Contas, além de trazer a lume o significado dos princípios da univocidade ou unicidade dos recursos. Sucede que dessa teoria advêm outros princípios que também incidem no exame dos recursos apresentados a esta Corte de Contas, como será visto a seguir.

Seguindo a motivação trazida pelo Relator para negar conhecimento ao Recurso, cuidou inicialmente do princípio da unicidade ou da singularidade dos recursos.

Desde logo, devo assinalar que este princípio não se confunde com o da taxatividade dos recursos, pois, para este, todos os recursos estão previsto em um rol exaustivo fixado na lei, enquanto que para o da singularidade há para cada decisão prolatada um recurso

correspondente.

O princípio da unicidade é também denominado de princípio da unirrrecorribilidade ou singularidade. Da norma nele contida, extrai-se que, para cada decisão recorrível existe um recurso próprio previsto no ordenamento jurídico, o que implica dizer: é vedado à parte utilizar-se de mais de um recurso para impugnar o mesmo ato decisório. A regra geral deve ser a de que, para cada ato decisório, é cabível um único recurso apropriado, isto é, não se permite, simultaneamente, a interposição de mais de um recurso contra a mesma decisão.

Como visto, para esse princípio é admissível apenas um tipo de recurso de cada decisão, porém cada uma das partes pode interpor um recurso da mesma decisão, em situações de sucumbência recíproca.

É cediço que, ao proceder ao julgamento ou à apreciação do caso concreto, o juiz deve partir de uma proposição enunciada de maneira geral, a norma jurídica - premissa maior, para as consequências dessa proposição em um caso particular - conclusão - pelo confronto com uma enunciação intermédia, os fatos - premissa menor (MIGUEL REALE, 1999, Filosofia do direito, p. 146).

Deve identificar a premissa maior, a norma jurídica; em seguida verificar o enunciado de realidade sobre um fato objeto de exame, apreciação ou julgamento, para em seguida aplicar a norma jurídica ao fato e proferir a decisão.

No caso vertido nos autos, a norma jurídica tomada pelo Relator como fundamento primeiro para não conhecer o Recurso é o **princípio da unicidade**, que **veda** a proposição de **mais de um Recurso** em face de **cada decisão, por uma mesma parte**.

Pois bem, na situação examinada nos autos, na verdade, verifica-se a existência de duas decisões (Acórdão TC 366/2007 e Acórdão TC 391/2013), ambas atacáveis pelo Recurso de Reconsideração.

Da primeira (Acórdão TC 366/2007) o Ministério Público de Contas não recorreu, eis que não fora vencido, eis que a decisão foi pela procedência parcial da denúncia e condenou o gestor ao ressarcimento, justo no sentido do que opinara o órgão ministerial. E desse modo, não havendo sucumbência, não exsurge da decisão o interesse recursal, o requisito intrínseco de admissibilidade do apelo. Portanto, a realidade fática enunciada nos autos do Recurso não se subsume à norma jurídica contida no princípio da unicidade recursal, que vedaria a proposição de Recurso de Reconsideração pelo Ministério Público em face da segunda decisão, que lhe tornara sucumbente, e visto que em relação a esta ainda não houvera interposto qualquer apelo.

Logo, não subsiste a possibilidade de adoção do princípio de unicidade recursal como fundamento para negar conhecimento ao Recurso apresentado pelo órgão Ministerial.

Quanto ao argumento de que incidira no caso a preclusão consumativa e temporal, entendo que nenhum das hipóteses do fenômeno preclusivo é aplicável ao caso concreto. Senão vejamos. Para o renomado processualista Freddie Didier Jr., preclusão consumativa consiste na perda de faculdade/poder processual, em razão de ter sido exercido. Ocorre, por exemplo, no caso em que a parte, tendo 15 dias para recorrer, ingressa com o apelo em 05 dias. Depois disso, mesmo que perceba a incompletude de seu recurso apresentado, não poderá mais emendá-lo ou substituí-lo, vez que, nessa situação, ocorreria a preclusão consumativa.

Esse tipo de preclusão alcança tanto às partes - preclusão de faculdade processual já exercida - quanto ao julgador - quando este fica impedido de resolver questão processual já decidida.

Já preclusão temporal, para a doutrina majoritária, ocorre quando as partes, por inércia, deixam de exercer seu poder ou faculdade processual.

Pelo conceito doutrinário das espécies desse fenômeno preclusivo, a possibilidade de incidência da preclusão consumativa e temporal ao mesmo tempo e na mesma situação processual é muito remota, visto que uma - a consumativa - se dá pela prática do ato antes do exaurimento do prazo, mas de modo incompleto ou insuficiente; a outra - a temporal - diferentemente da primeira, ocorre justamente pela ausência da prática de ato no prazo fixado.

Por outro lado, a informação que se tem nos autos é que foi sim interposto um Recurso de Reconsideração, mas pelo gestor, condenado pelo Tribunal em ressarcimento e multa.

O Ministério Público de Contas, é que, por não haver sucumbido, não ingressou com o mesmo Recurso, eis que da decisão (Acórdão TC 366/2007) não lhe resultou interesse recursal, e nem lhe foi endereçado chamado para apresentar contrarrazões.

Ora, se o caso é de decisão que acolhera imputações feitas pela área técnica e corroboradas pelo Parquet, como cogitar-se que seria acolhido um Recurso ante ao obstáculo da ausência de interesse recursal?

O interesse recursal está ligado à sucumbência, se não há sucumbência não exsurge o interesse em recorrer.

Assim, se ausente o interesse recursal, como imaginar a ocorrência de preclusão para uma parte que não dispunha de requisito de admissibilidade do recurso.

Se atuou nos autos naquele instante processual ou em outro, foi como *custos legis*, o que, aliás, é confirmado pelo nobre Relator, quando afirma que o *Parquet*, "teve a oportunidade de manifestar-se em todas as fases processuais, inclusive no Recurso de Reconsideração do qual agora recorre".

Sucedendo que a manifestação do órgão Ministerial como *custos legis*, não supre e nem substitui aquela que lhe compete apresentar na condição de parte. As duas funções - de parte e de *custos legis* - lhe foram conferidas pelo constituinte originário de 1988.

É nessa linha a Súmula 99 do STJ quando estabelece:

O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte. Reiterando essa distinção de funções do MP, o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar se o Ministério Público Estadual detém atribuição para atuar nos tribunais superiores, decidiu:

Informativo 507

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DOS ESTADOS. LEGITIMIDADE RECURSAL NO ÂMBITO DO STJ. O Ministério Público estadual tem legitimidade recursal para atuar no STJ. O entendimento até então adotado pelo STJ era no sentido de conferir aos membros dos MPs dos estados a possibilidade de interpor recursos extraordinários e especiais nos tribunais superiores, restringindo, porém, ao procurador-geral da República (PGR) ou aos subprocuradores da República por ele designados a atribuição para atuar junto aos tribunais superiores, com base na LC n. 75/1993 e no art. 61 do RISTJ.

[...]

Ressalte-se que, nesses casos, o MP estadual oficia como autor, enquanto o PGR oficia como fiscal da lei, papéis diferentes que não se confundem, nem se excluem reciprocamente. Esse novo entendimento não acarretará qualquer embaraço ao cumprimento das medidas legais de intimação dos MPs estaduais no âmbito do STJ, já que elas terão como destinatários, exclusivamente, os respectivos chefes dessas instituições nos estados. De igual modo, não se vislumbra qualquer dificuldade quanto ao local de onde deve se pronunciar oralmente o PGJ ou seu representante especialmente designado para tal ato, que tomará a tribuna reservada às partes, deixando inalterada a posição do membro do Parquet federal atuante no órgão julgador do STJ, o qual estará na qualidade de *custos legis*. Precedente citado do STF: RE 593.727-MG (questão de ordem). AgRg no AgRg no AREsp 194.892-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/10/2012".

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, ao decidir um conflito de atribuições entre o Ministério Público Estadual e Federal sobre as diferentes funções do *Parquet*, fixou o seguinte:

Informativo 671

Assunto: Ministério Público e investigação criminal - 2

[...] o Supremo, por votação majoritária, resolveu questão de ordem - suscitada pelo PGR - com o fito de assentar a legitimidade do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais [...] para proferir sustentação oral. O Min. Cezar Peluso, relator, anotou que o Plenário já teria reconhecido que o parquet estadual disporia de legitimação para atuar diretamente nesta Corte nas causas por ele promovidas originariamente. Elucidou que o PGR poderia desempenhar, no Supremo, 2 papéis simultâneos: a) o de fiscal da lei; ou b) o de parte. Assim, quando o MPU, em qualquer dos seus ramos, figurasse como parte do feito, só ao PGR seria dado officiar perante o STF, porque ele quem encarnaria os interesses confiados pela lei ou pela Constituição a este órgão. Explicou que, nos demais casos, esse parquet exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei. Nesta última condição, a sua manifestação não poderia preexcluir a das partes, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório.

Ministério Público e investigação criminal - 3

[...] o Min. Celso de Mello aduziu que a Constituição teria distinguido a Lei Orgânica do MPU (LC 75/93) - típica lei federal -, da Lei Orgânica Nacional (Lei 8.625/93), que se aplicaria, em matéria de regras gerais e diretrizes, a todos os Ministérios Públicos estaduais. Ademais, sublinhou que a Resolução 469/2011 do STF determinaria a intimação pessoal do Ministério Público do estado-membro nos processos em que este fosse parte. [...]

RE 593727/MG, rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012. (RE-593727) No Tribunal de Contas, como fiscal da lei e do controle, cabe ao Ministério Público de Contas despachar, emitir parecer ou requerer providências em todos os processos de controle externo, inclusive naqueles em que atuar como parte.

Como parte, pode representar, despachar ou requerer providências, sem prejuízo da atuação como *custos legis*.

Possui legitimidade para recorrer nos processos em que atuou como parte, bem como naqueles que lhe cabia exercer a atribuição de *custos legis*, desde que presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal.

Na defesa do interesse público no processo do Tribunal de Contas, atua como fiscal do fiscal, uma espécie de *ombudsman* da sociedade, que dele espera o amplo e permanente zelo pela coisa pública.

Dentre os interesses pelos quais deve zelar, está aquele de defesa do erário e da administração pública.

A doutrina geralmente classifica a atuação do órgão ministerial, no processo civil, em três tipos de atividade: como parte, como auxiliar da parte, ou como fiscal da lei. No primeiro caso, sua atuação se dá de modo a buscar o provimento favorável. Como *custos legis*, exercita a atividade imparcial de fiscal da lei.

Nas cortes de contas, a atuação de Ministério Público de Contas se dá na condição de *custos legis*, como fiscal da lei, ou como parte quando lhe cabe exercer faculdade ou o poder processual, situação em que o *Parquet* efetivamente exerce o direito ao contraditório.

Desse modo, de um lado, pelo que se viu até aqui, não restou configurada nos autos a hipótese de preclusão consumativa ou temporal em relação à oportunidade de o Ministério Público de Contas interpor recurso, dado que, conforme demonstrado, da decisão contida no Acórdão 366/2007 não resultou interesse recursal para o órgão ministerial.

De outra parte, conforme se colhe de assentada jurisprudência e da doutrina, são distintas e cumprem desideratos diferentes as funções do Ministério Público como parte e de *custos legis*, o que implica concluir: a sua participação como fiscal da lei, opinando ou emitindo parecer, não substitui aquela que deve exercer como parte.

Quanto às decisões do TCU, pelo que percebeo, cabe consignar que uma foi respaldada principalmente em dispositivo regimental daquele Tribunal, visto que o Acórdão TCU 7803/2012 – 1ª Câmara prevê:

art. 278, § 4º - não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela parte ou pelo Ministério Público junto ao TCU, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto.

Em outra, o Acórdão TCU 3883-35/08-2 – 2ª Câmara, um dos fundamentos é:

2. Os recursos devem acomodar-se às formas e às oportunidades previstas em lei, para não tumultuar o processo e frustrar o objetivo da tutela jurisdicional em manobras caprichosas e de má-fé.

Notem senhores Conselheiros e senhor Procurador de Contas, nenhum desses argumentos é suficiente para suplantarmos um direito maior, que é aquele inerente ao contraditório, pilar integrante do direito fundamental ao devido processo legal.

O princípio do devido processo legal é sustentado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, consoante o disposto nos incisos LIV e LV, ambos do artigo 5º da Carta Magna de 1988. Tais princípios visam a garantir a tutela dos direitos, sobretudo da própria Administração Pública, nos autos defendida pelo Ministério Público de Contas, visto que na situação presente o Tribunal atua como julgador equidistante, como Estado-juiz.

Nenhuma lei ou regimento pode afastá-lo sob o argumento, por exemplo, de que determinado recurso apresentado não se acomoda às formas, sob pena de a forma suplantarmos o próprio direito material, ao qual deve servir de proteção e não de obstáculo.

Ademais, nosso Regimento Interno, em sintonia com o texto constitucional, não dispõe de regra similar.

O que não houve no primeiro julgamento (Acórdão TC 366/2007), por ausência de um requisito processual insuperável pelo Ministério Público, qual seja a ausência de interesse recursal, foi oportunidade de realização do contraditório, que, como ressaltado, deve ocorrer na condição de parte.

Por conseguinte, negar ao Ministério Público de Contas o direito de apresentar suas razões recursais neste instante, a meu sentir, configura, sim, uma violação ao direito ao contraditório de uma das partes, o Ministério Público de Contas, visto que o julgamento que resultou no Acórdão TC 391/2013 não se deu observando o direito de ambas as partes se manifestarem em condição de igualdade.

Só agora, quando presente a sucumbência e conhecidos os fundamentos da decisão, que é desfavorável a suas argumentações, é que exsurge o interesse recursal que lhe permitirá, com o recurso apresentado, realizar o direito constitucional ao contraditório, que até aqui não foi efetivamente exercido pelo órgão ministerial.

Aliás, é bem por isso que a teoria geral dos recursos, muito bem lembrada pelo eminente Relator como de ampla aplicação no processo do Tribunal de Contas, também prevê a necessária observância ao

princípio da dialeticidade.

De acordo com esse princípio, os recursos são dotados de razões e contrarrazões. A rigor, a observância do princípio da dialeticidade, no fundo, é permitir a realização do direito ao contraditório em sede recursal.

Segundo Nelson Nery Junior, as razões do recurso são elementos indispensáveis a que o Tribunal possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as com os motivos da decisão recorrida. Como apresentar razões ponderando os fundamentos de uma decisão que ainda não se conhece? Não me parece possível.

É nesse sentido, de reafirmar a compulsória observância do princípio da dialeticidade, a Súmula 182 do STJ prevê ser “inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”. Vide precedente adiante.

“... o recurso não garante de condições que ensejem o seu conhecimento, pois não foram demonstradas as razões que induzissem à reforma da decisão agravada. A simples reiteração dos mesmos argumentos já deduzidos na instância originária, sem que se explicitem os fundamentos da irrisignação e o desacerto da decisão recorrida, afronta o princípio da dialeticidade ... (AgRg nos EDV nos EREsp 507592-RS, rel; Min. José Delgado, 1ª Secção, DJ 20.02.2006)” (AgRg no REsp 900095, DJ 29.06.2009).

Reafirmou esse entendimento o Supremo Tribunal Federal nos seguintes precedentes:

AI 631672 AgR-segundo / GO - GOIÁS
SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 30/10/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa

[...]

APLICAÇÃO DA SÚMULA 287 DO STF. 1. O princípio da dialeticidade recursal impõe ao recorrente o ônus de evidenciar os motivos de fato e de direito suficientes à reforma da decisão objurgada, trazendo à baila novas argumentações capazes de infirmar todos os fundamentos do decisum que se pretende modificar, sob pena de vê-lo mantido por seus próprios fundamentos.

[...]

Precedentes desta Corte: AI 841690 AgR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DJe- 01/08/2011; RE 550505 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes, DJe- 24/02/2011; AI 786044 AgR, Relator: Min. Ellen Gracie, DJe- 25/06/2010.

ARE 657338 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 13/03/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa

[...]

Pelo princípio da dialeticidade dos recursos, impõe-se à parte recorrente o dever de impugnar os fundamentos da decisão que lhe foi desfavorável. No caso em apreço, o recorrente não se dirigiu contra os fundamentos da decisão recorrida.

[...]

Assim, como demonstrar o possível desacerto da decisão recorrida, se a parte ainda não conhece o seu teor, como ocorreu em relação ao Ministério Público de Contas na fase em que o gestor recorreu do Acórdão TC 366/2007?

Não há como realizar contraditório, que se impõe seja realizado em face dos motivos ou fundamentos da decisão, se esta ainda não foi prolatada.

É por isso, senhor Presidente, que só agora, depois de conhecer o teor da decisão que desfavorece as questões de interesse público que o *Parquet* defendera - o Acórdão TC 391/2013 - é que pode o Ministério Público de Contas realizar a dialeticidade, o contraditório, em face dos motivos da decisão que reformou o Acórdão TC 366/2007, para afastar as irregularidades imputadas pela área técnica e sustentadas pelo órgão ministerial.

3 - DISPOSITIVO

Assim, diante dos fundamentos fáticos e de direito aqui expendidos, peço vênica para discordar do posicionamento do Excelentíssimo Conselheiro Relator **Sérgio Aboudib Ferreira Pinto**, para apresentar meu **VOTO** pelo conhecimento do Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público de Contas, tendo como fundamento a norma constitucional e legal, que impõe a observância do princípio do contraditório (art. 5º, inc. LV, da CF), que no presente caso ganha concretude com a adoção do princípio da dialeticidade das razões do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7533/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do

Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e sete de maio de dois mil e quatorze, por maioria, **não conhecer** do Recurso, uma vez que já restou consumada a oportunidade de recorrer, nos termos do artigo 164 da Lei Complementar nº 621/2013, já tendo sido o Recurso de Reconsideração apresentado por escrito nesta Corte e, além disso, o Ministério Público de Contas teve a oportunidade de manifestar-se em todas as fases processuais, inclusive no Recurso de Reconsideração do qual agora recorre, **arquivando-se** os presentes autos após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Vencido o Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo que votou por conhecer do Recurso, em consonância com a Área Técnica, tendo como fundamento a norma constitucional e legal, que impõe a observância do princípio do contraditório, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da deliberação os Senhores Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 27 de maio de 2014.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO SEBASTÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-360/2014 – PLENÁRIO

PROCESSO - TC-3385/2013

JURISDICIONADO - CÂMARA MUNICIPAL DE RIO BANANAL

ASSUNTO - PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2012

RESPONSÁVEL - OLINDA MATEDI GIURIATO

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2012 - REGULAR - QUITAÇÃO - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

Tratam os autos de **Prestação de Contas Anual** da **Câmara Municipal de Rio Bananal**, referente ao exercício de **2012**, sob a responsabilidade da Sra. **Olinda Matedi Giuriato**.

A 6ª Secretaria de Controle Externo elabora Relatório Técnico Contábil **RTC 141/2014**, fls. 132 a 137, ressaltando os seguintes aspectos :

- A Prestação de Contas Anual foi **protocolizada** neste Tribunal de Contas através do Ofício Gabinete do Presidente **Nº 0043/2013 de 19/03/2013** e **autuada** em **27 de Março de 2013**, portanto, **dentro do prazo** estabelecido pela legislação, **formalmente composta** pelas Demonstrações Contábeis e demais documentos exigidos pela Resolução TC nº 182/02 e pela Lei Federal nº 4.320/1964, bem como **devidamente assinada** pelo gestor e contabilista responsável.

- Confrontando-se a **Despesa Fixada** (R\$ 2.000.000,00), fls. 133, com a **Despesa Executada** (R\$ 1.448.465,45), constata-se que houve uma **Economia Orçamentária** de **R\$ 551.534,55**.

- O **Balço Financeiro** demonstrou **disponibilidade** para o exercício seguinte da ordem de **R\$ 189.149,92**.

- Confrontando o **Ativo Financeiro** (R\$ 189.149,92) com o **Passivo Financeiro** (R\$ 10.650,00) constata-se um superávit financeiro da ordem **R\$ 178.499,92**.

- O **Balço Patrimonial** apresentou um **saldo patrimonial no exercício** da ordem de **R\$ 179.225,58** que acrescentado do saldo anterior de **R\$ 717.355,68** apresenta um **Ativo Real Líquido Acumulado** de **R\$ 896.581,26**.

- Dos levantamentos efetuados, constatou-se que o município em análise obteve, a título de **Receita Corrente Líquida – RCL**, o

montante de **R\$ 52.704.599,29**.

- A despesa total efetuada pelo Poder Legislativo Municipal, a título de **gasto com pessoal e encargos sociais**, totalizou, no exercício de 2012, **R\$ 1.136.859,87** (hum milhão, cento e trinta e seis mil, oitocentos e cinquenta e nove reais e oitenta e sete centavos), correspondentes a **2,16%** (dois vírgula dezesseis pontos percentuais) da Receita Corrente Líquida, **cumprindo**, desta forma, os **limites máximo (6%) e prudencial (5,7%)**.

- O gasto com o total de subsídios pagos aos vereadores totalizou a importância de **R\$ 444.738,60** (quatrocentos e quarenta e quatro mil, setecentos e trinta e oito reais e sessenta centavos), estando portanto, **dentro do limite** constitucional de **5%**, equivalente a R\$ 2.635.229,96.

- A remuneração dos vereadores para a legislatura **2009/2012** foi fixada pela **Lei Municipal nº 0085/08**, a qual estabeleceu o subsídio mensal de **R\$ 3.500,00**.

Foi concedido **reajuste** de **6,5%**, conforme Lei Complementar nº 011, de 27 de março de 2012, fls. 126 a 128, **passando o subsídio dos vereadores** para **R\$ 4.117,95** a partir de **1º de janeiro de 2012**. Sendo assim, o **novo valor percebido** pelos vereadores, comparado com o **limite** constitucionalmente estabelecido, **demonstra o cumprimento** ao regramento supracitado.

- O gasto total com a folha de pagamento, incluindo os **subsídios dos vereadores** totalizou **R\$ 630.006,62** (seiscentos e trinta mil, seis reais e sessenta e dois centavos), estando, portanto, **dentro do limite** constitucionalmente estabelecido, no caso, da ordem de R\$ 1.069.705,90.

- O **Gasto Total do Poder Legislativo**, exceto inativos, foi da ordem de **R\$ 1.448.465,45** (hum milhão, quatrocentos e quarenta e oito mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e quarenta e cinco centavos), estando **abaixo do limite constitucional** fixado para a referida despesa **R\$ 2.009.571,97** (dois milhões, nove mil, quinhentos e setenta e hum reais e noventa e sete centavos).

- Quanto às **obrigações de despesas contraídas** e inscritas em Restos a Pagar **no final de mandato** foi apurado o total de **R\$ 10.650,00** e saldo de **disponibilidade financeira** não vinculada no total de **R\$ 178.499,92**, após reserva de recursos para pagamento do passivo financeiro, **cumprindo** assim os limites estabelecidos na **Lei 101/00**.

Conclui o presente Relatório, **opinando** que sejam julgadas **REGULARES** as contas em exame.

No mesmo sentido a 6ª Secretaria de Controle Externo elabora Instrução Conclusiva Contábil **ICC 80/2014**, fls. 143, opinando também pela **REGULARIDADE** das **contas em exame**.

O Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas elabora Instrução Técnica Conclusiva **ITC 3269/2014**, fls. 145 a 149, **concordando integralmente** com o entendimento exarado pela 6ª Secretaria de Controle Externo, opina por julgar **REGULARES** as contas em exame, dando-se **quitação** ao responsável, ressaltando que a Câmara Municipal de Rio Bananal **não foi contemplada** para realização de **auditoria ordinária**.

O Ministério Público de Contas, através do **Parecer MMPC 2246/2014** da lavra do Procurador de Contas Dr. **Luis Henrique Anastácio da Silva**, fls. 151, manifesta-se **de acordo** com a Instrução Técnica Conclusiva – **ITC nº 3269/2014**, às fls. 145 a 149.

Assim vieram-me os autos para emissão de voto.

É o relatório.

EMENTA : PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. REGULAR.

V O T O

Ante todo o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais legais, **concordando integralmente** com a Área Técnica e Ministério Público de Contas, **VOTO** por considerar **REGULAR** a prestação de contas da Câmara Municipal de Rio Bananal, referente ao **exercício de 2012**, sob a responsabilidade da Sra. **Olinda Matedi Giuriato**, dando-lhe a devida **quitação**.

É como **VOTO**.

Após transitado em julgado, **ARQUIVE-SE**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3385/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia três de junho de dois mil e quatorze, à unanimidade, julgar **regular** a Prestação de Contas Anual da Câmara Municipal de Rio Bananal, relativa ao exercício de 2012, sob a responsabilidade da Sra. Olinda Matedi Giuriato, Presidente da Câmara à época, **arquivando-se** os autos, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros

Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 3 de junho de 2014.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR.LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-361/2014 – PLENÁRIO

PROCESSO - TC-2721/2013

JURISDICIONADO - DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESPÍRITO

SANTO - DETRAN

ASSUNTO - PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2012

RESPONSÁVEL - FÁBIO HENRIQUE PINA NIELSEN

ADVOGADO - MAGNUS ANTONIO NASCIMENTO COLLI (OAB-ES Nº 11.790)

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2012 - REGULAR - QUITAÇÃO - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

Tratam os presentes autos da **Prestação de Contas Anual** do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN referente ao **exercício financeiro de 2012**, sob a responsabilidade do Sr. **Fábio Henrique Pina Nielsen**.

A Prestação de Contas Anual foi **protocolizada** neste Tribunal de Contas através do **OF. Nº 0067/2013** em **26 de Março de 2012**, portanto, **dentro do prazo** estabelecido pela legislação, **formalmente composta** pelas Demonstrações Contábeis e demais documentos exigidos pela Resolução TC nº 182/02 e pela Lei Federal nº 4.320/1964, bem como **devidamente assinada** pelo gestor e contabilista responsável.

Por conseguinte, a 1ª Secretaria de Controle Externo elabora Relatório Técnico Contábil **RTC nº 226/2013**, fls. 254 a 265, que ressaltou o seguinte **indícios de irregularidade:**

3.3.3 Entradas e saídas de bens em almoxarifado sem respectivo registro na contabilidade - *Inobservância ao artigo 85 da Lei Federal nº 4.320/1964.*

Em face do indício de irregularidade apontado, considerando o artigo 157, inciso III da Resolução TC 261/2013 c/c o artigo 56, inciso II, da Lei Complementar Estadual 621/2012, sugere a citação do Sr. **Fábio Henrique Pina Nielsen** para, no prazo exigido pelo Regimento Interno, apresentarem as **razões de defesa** que entenderem suficientes sobre os mesmos.

Ato contínuo, a mesma Controladoria Técnica elabora Instrução Técnica Inicial **ITI nº 850/2013**, fl. 266, sugeriu a **citação** do responsável supracitado para que no prazo estipulado **apresente** esclarecimentos e/ou justificativas, que entender necessárias em razão do **indício de irregularidade** apontado.

Conforme Decisão Monocrática Preliminar **DECM 963/2013**, fls.269 a 270, o responsável é **citado** e **atende** ao Termo de Citação nº 2232/2013, fls. 274.

A 1ª Secretaria de Controle Externo elabora Instrução Contábil Conclusiva **ICC 46/2014**, fls. 324 a 329, considerando **saneados** os indicativos de irregularidades apontados no **RTC 226/2013**, quanto ao **aspecto técnico-contábil**, opinando que sejam julgadas **REGULARES** as contas em exame.

O Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC elabora Instrução Técnica Conclusiva **ITC 1918/2014**, fls. 331 a 336, **encampando** o entendimento exarado pela 1ª Secretaria de Controle Externo e ressaltando que o Plano Anual de Auditorias Ordinárias, referente ao exercício de **2012** – PAA 2013, **não contemplou** o Departamento Estadual de Trânsito – DETRAN, no rol de órgãos a ser objeto de auditoria ordinária, opina no sentido

de que sejam julgadas **REGULARES** as contas em exame, dando **plena quitação** ao responsável, na forma do preceituado artigo 85 da LC nº 621/2012.

O Ministério Público de Contas através de **Parecer**, fls. 338, da lavra do Procurador de Contas Dr. **Luis Henrique Anastácio da Silva**, manifesta-se de acordo com a Instrução Técnica Conclusiva – ITC nº 1918/2014.

Assim instruídos, vieram-me os autos para emissão de voto.

É o relatório.

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL. ENTRADA E SAÍDAS DE BENS EM ALMOXARIFADO SEM RESPECTIVO REGISTRO NA CONTABILIDADE. REGULAR.

V O T O

Ante todo o exposto, observados os trâmites legais, **concordando integralmente** com a Área Técnica e Ministério Público de Contas, **VOTO** por considerar **REGULAR** a Prestação de Contas Anual Do Departamento Estadual de Trânsito - DETRAN, referente ao **exercício financeiro de 2012**, sob a responsabilidade do Sr. **Fábio Henrique Pina Nielsen** – Diretor Geral, dando-lhe a devida **quitação**.

Transitado em julgado, **ARQUIVE-SE**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-2721/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia três de junho de dois mil e quatorze, à unanimidade, julgar **regular** a Prestação de Contas Anual do Departamento Estadual de Trânsito do Espírito Santo - DETRAN, relativa ao exercício de 2012, sob a responsabilidade do Sr. Fábio Henrique Pina Nielsen, Diretor Geral à época, **arquivando-se** os autos, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária do julgamento os Srs. Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 3 de junho de 2014.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR.LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-378/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-3462/2013 (APENSOS: 3330/2003 E 4348/2003)

JURISDICIONADO- COMPANHIA INTEGRADA DE DESENVOLVIMENTO AGRÍCOLA DO ESPÍRITO SANTO - CIDA

ASSUNTO- RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

RECORRENTE- LUIZ OTÁVIO RODRIGUES COELHO

ADVOGADOS- LUIZ HENRIQUE ANTUNES ALOCHIO (OAB-ES Nº 6.821), RICARDO CLAUDINO PESSANHA (OAB-ES Nº 10.406), JULIANA RODRIGUES SCHULZ (OAB-ES Nº 18.880), LÍVIA BAPTISTA DE SOUZA (OAB-ES Nº 18.735) E DOUGLAS PRETTI (OAB-ES Nº 17.802)

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2002 - 1) CONTAS IRREGULARES - RESSARCIMENTO -2) PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - 3) NOTIFICAR O GESTOR - 4) ENCAMINHAR CÓPIAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - CONHECER - NEGAR PROVIMENTO - MANTER ACÓRDÃO TC- 407/2012 - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração, interposto pelo Sr. Luiz Otávio Rodrigues Coelho, em face do Acórdão TC 407/2012, que julgou irregular a prestação de contas anual da CIDA no exercício de 2002, sob a Relatoria do Conselheiro em Substituição João Luiz

Cotta Lovatti, condenando o recorrente à devolução do montante de 73.418,18 VRTE.

A 8ª Controladoria Técnica ITR 50/2013, em análise ao referido recurso, entendeu presentes os pressupostos recursais do interessa e da legitimidade da parte, bem como a tempestividade do mesmo. Verificou ainda que, as alegações do recorrente não prosperam, uma vez que suas alegações não veem acompanhadas de provas, e diante disso pugnou pela CONHECIMENTO do recurso, e, no mérito, pela NEGATIVA DO PROVIMENTO.

Acompanhando o entendimento da área Técnica, manifestou-se o Ministério Público de Contas, na lavra do Douto Procurador de Contas Heron Carlos Gomes de Oliveira, pelo CONHECIMENTO do recurso, e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO, mantendo-se incólume o Acórdão recorrido.

É o sucinto relatório.

V O T O

O recorrente alega, preliminarmente, o cerceamento de defesa no autos, alega que não fora devidamente notificado e ou citado dos atos processuais dos autos, porém conforme fora analisado pela área técnica na ITR 20/2013, está alegação não prospera:

O ora recorrente foi devidamente citado por esta Corte de Contas, em cumprimento da Decisão Preliminar n. 0546/2006 (fls. 351), através do Termo de Citação n. 0375/2006 (fls. 352), tendo-lhe, na ocasião, sido encaminhada cópia da Instrução Técnica Inicial n. 048/2006, na qual se encontram registrados todos os procedimentos e itens questionados por esta Corte, na Análise Técnica Contábil n. 011/2005 (fls. 271/279).

Há de se registrar que a contra-fé do Termo de Citação n. 0375/2006, cumprido, foi juntada aos autos em 26/07/2006.

No que diz respeito à ausência de comunicação ao ora recorrente, da auditoria realizada na CIDA, impende ressaltar que a auditoria em si corresponde a uma fase anterior à instauração do processo, uma fase de estrito cumprimento das prerrogativas constitucionais desta Corte.

[...]

Há, contudo, dever de cumprir o devido processo legal, oferecendo ao responsável oportunidade de defesa, quando verificadas irregularidades e inconsistências na gestão. E isso foi perfeitamente satisfeito com a citação do responsável, como já expusemos, **E o responsável, tendo sido citado, apresentou tempestivamente defesa, a qual foi analisada por esta Corte. Resta evidente, portanto, que todas as etapas processuais foram desempenhadas e o devido processo legal respeitado.**

O recorrente alega ainda que as peças técnicas fazem menção a um processo que já fora realizada defesa, ocorre que o processo deve integrar a PCA, por força do art. 137 do Regimento Interno desta Corte de Contas:

Quanto ao Processo TC n. 3330/2003, temos a informar que, por força do art. 137 do Regimento Interno desta Corte (Resolução TC n. 182/02, vigente à época), os relatórios de auditoria integram o processo de prestação de contas respectivo, não podendo ser apreciados separadamente. Por essa razão, as peças técnicas produzidas no Processo TC n. 4348/2003 (prestação de contas), fazem menção ao conteúdo dos autos TC n. 3330/2003. (ITR 20/2013)

Ao adentrar ao mérito de sua condenação, o recorrente alega que a ITI 048/2006 não traz em seu bojo nenhuma conclusão e que sua condenação fora baseada em conjecturas, o que fora esclarecido na ITR 20/2013:

Impende destacar, de plano, que a alegação do recorrente no sentido de que a ITI n. 048/2006 não traz em seu bojo nenhuma conclusão é correta. Mas, ao contrário do que entende o gestor, tal fato não lhe causou qualquer prejuízo, porquanto impecavelmente adequado às garantias do devido processo legal. A ITI é a peça processual que contém a descrição dos indicativos de irregularidades, e, por essa razão, acompanha a citação do responsável, a fim de permitir que o gestor tenha claro conhecimento daquilo que está sendo questionado pelo Tribunal de Contas. Somente após a citação e análise da eventual resposta do gestor é que se elabora a Instrução Técnica Conclusiva – e, esta sim, contém as conclusões da área técnica acerca da matéria objeto de exame.

[...]

Foi oportunizado ao gestor, à época da instrução processual, oferecer suas razões a contraditar os documentos constantes nos autos. Verifica-se, contudo, que o então defendente não trouxe nem argumentos nem provas capazes de esclarecer ou afastar as irregularidades elencadas na Instrução Técnica Inicial.

Por fim, o recorrente faz o seguinte questionamento:

“É DE SE PERGUNTAR: tem o liquidante, ou qualquer autoridade

a obrigação, o dever de saber informar o paradeiro de quem quer que seja que uma ou duas vezes tenha negociado com a instituição que representa?! A não localização das empresas permite que se presuma a inidoneidade dos documentos fiscais?! É o liquidante ou outra autoridade responsável pelo pagamento de tributos devidos pela empresa prestadora quando não seja ele substituto tributário?! Será responsável pela fiscalização tributária dos diversos órgãos encarregados de arrecadar tributos?! A suspensão das empresas fornecedoras ou sua inatividade significa que, à época, elas não funcionavam ou não existiam? DE CERTO QUE NÃO!”

Tal questionamento encontra-se respondido pelo art. 37 e 195 da Constituição Federal c/c o art. 153 da Lei 6404/76, bem como não informa a localização do maquinário a esta Corte de Contas:

Neste diapasão, cumpre observar que sim, cabe ao gestor público conhecer não só o paradeiro, como a situação fiscal e legal das empresas com que irá selar qualquer acordo, em nome da instituição que representa. Não pode o gestor público deixar de verificar, ordinariamente, se as empresas com as quais pretende contratar estão em dia com suas obrigações fiscais e ainda, se há algum óbice legal à contratação.

Não se pode esperar menos de qualquer administrador público, como estabelecido pela Constituição Federal, art. 37, e bem ilustrado pelo art. 153 da Lei n. 6404/76, senão vejamos:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

A título de exemplo, podemos citar também o art. 195 da Constituição Federal, que veda a contratação, pelo Poder Público, de empresas em débito com a seguridade social. Bem se vê, portanto, que é dever do administrador, verificar as condições legais da empresa que pretende contratar.

Por fim, entendemos que o recorrente limita-se a fazer alegações sem a apresentação de provas que as sustentem, o que é insuficiente para afastar as irregularidades pelas quais foi condenado. Em especial, no que concerne aos maquinários adquiridos pelo recorrente e não encontrados pela equipe de auditoria, o responsável alega que existem e que sabe onde estão, mas não informa sua localização ao Tribunal e não traz provas das alegações. (ITR 20/2013)

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, voto pelo **CONHECIMENTO** do presente recurso e, no mérito pela **NEGATIVA DE PROVIMENTO**, mantendo-se incólume o Acórdão recorrido. Portanto, continua IRREGULAR a Prestação de Contas Anual, sob a responsabilidade do Sr. Luiz Otávio Rodrigues Coelho, ordenador de despesas da Companhia Integrada de Desenvolvimento Agrícola do Espírito Santo, no exercício de 2002 e determinando o recolhimento ao Tesouro Estadual do valor do débito, atualizados monetariamente a partir do dano, acrescido de juros de mora, a partir da citação, do valor equivalente a 73.418,18 VRTE.

Dê-se ciência ao Responsável, do Acórdão proveniente deste voto, devendo ser encaminhado cópia da Instrução Técnica de Recurso ITR 250/2013.

AUTORIZO, desde já, caso venha a ser solicitado, o parcelamento da dívida, em até 24 (vinte e quatro) prestações mensais e sucessivas, com base no art. 459 da Resolução 261/2013. Autorizo ainda a cobrança judicial, caso não seja atendida a notificação, com base no art. 461, inciso II da Resolução 261/2013.

É como **VOTO**.

Após transitado em julgado, **ARQUIVE-SE**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3462/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia dez de junho de dois mil e quatorze, à unanimidade, preliminarmente, **conhecer** o presente recurso e, no mérito, **negar-lhe provimento**, mantendo na sua integralidade os termos do Acórdão TC-407/2012, **arquivando-se** os presentes autos, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária do julgamento os Senhores Conselheiros Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 10 de junho de 2014.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Vice-Presidente no exercício da Presidência
CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Relator
CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL
CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-494/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-6860/2013 (APENSOS: TC-6861/2013, TC-1415/2011E TC-1281/2011)

INTERESSADO - SERGIO MENEGUELLI

JURISDICIONADO - CÂMARA MUNICIPAL DE COLATINA

ASSUNTO - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - CÂMARA MUNICIPAL DE COLATINA - EXERCÍCIO DE 2010 - RESPONSÁVEIS: SÉRGIO MENEGUELLI (PRESIDENTE), MARIA ALDICÉA DOS SANTOS GUIMARÃES, TELMA ZAMPROGNO LORENZONI, CRISTIANE SALUME MARINO (MEMBROS DA EQUIPE DE APOIO) E EDILEUZA MARIA LAIA (PREGOEIRA) - HABILITAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE NO PREGÃO PRESENCIAL Nº 01/2010 E AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA - CONTRATO Nº 08/2010 - CONTAS IRREGULARES - MULTA - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - CONHECER - DAR PROVIMENTO - REFORMULAR ACÓRDÃO TC-131/2013 - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO EM FACE DO ACÓRDÃO 131/2013 - CONHECER - DAR PROVIMENTO - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

Trata-se de Recurso de Reconsideração interposto pelo Sr. Sergio Meneguelli, Presidente da Câmara Municipal de Colatina no exercício de 2010, que tem como escopo tornar insubsistente o Acórdão TC-131/2013 (fls. 164/178 - Processo TC nº 1415/2011), apenando-o com multa de 1.000 VRTE's, em razão dos seguintes procedimentos: 1 - Habilitação indevida da licitante - infringência ao art. 41 da Lei 8.666/93;

2 - Ausência de apresentação de garantia - infringência à cláusula 13ª do Contrato nº 08/2010 c/c art. 41 da Lei 8.666/93.

No mesmo Acórdão aplicou-se multa de 1.000 VRTE's às Sras. Edileuza Maria Laia (Pregoeira da Câmara Municipal de Colatina, no exercício de 2010), Maria Aldicéia dos Santos Guimaraes, Telam Zamprogno Lorenzoni e Cristiane Salume Marino (membros da equipe de apoio da Câmara Municipal de Colatina, no exercício de 2010).

Regularmente notificado, o interessado apresentou o presente recurso, objetivando tornar sem efeito a condenação que lhe fora imposta.

Encaminhados os autos para análise pela 8ª Controladoria Técnica, foi proferida a Instrução Técnica nº ITR 13/2014, às fls. 17/26, opinando pelo conhecimento do Recurso e, quanto ao mérito, pelo provimento parcial excluindo-se a condenação imposta pelo Acórdão TC - 131/2013 (Processo nº 1415/2011), a irregularidade referente à "habilitação indevida de licitante", item 1.

O Ministério Público Especial de Contas em manifestação de fls. 28, da lavra do Procurador Luiz Henrique Anastácio da Silva, opina de acordo com a área técnica.

Quando da interposição da época recursal o responsável apresentou pedido de notificação da data de julgamento com o intuito de realizar defesa oral.

Devidamente notificado, o responsável apresentou defesa oral em data de 06/05/2014 que foram levadas a termo através das notas taquigráficas constantes de fls. 38/42.

Os atos foram encaminhados à 8ª Controladoria Técnica que elaborou Instrução Técnica de Defesa nº 3/2014 de fls. 55/58. Ao final assim se manifesta a área técnica:

As medidas de defesa adotadas pelo recorrente foram devidamente analisadas pelas equipes técnicas que compõem esta Corte de Contas. No entanto, nenhuma se revelou hábil a afastar a irregularidade referente à ausência de apresentação de garantia no Contrato nº 08/2010.

Desta forma, ratificamos a análise descrita na Instrução Técnica de Recurso - ITR 13/2014, sugerindo a manutenção da irregularidade do item 1 do Acórdão TC - 131/2013.

O Ministério Público de Contas manifesta-se às fls. 61, através do Procurador Luiz Henrique Anastácio da Silva, de acordo com a Instrução Técnica de Defesa 3/2014.

Assim instruídos vieram-me os autos para emissão de voto.

É o Relatório.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Analisando as condições de admissibilidade, observa-se que a parte é capaz e possui interesse e legitimidade processual, o que torna o Recurso cabível.

Conforme informações da Secretaria Geral das Sessões, às fls. 14, o prazo para recurso venceu em 04/09/2013. Conforme se observa às fls. 1, o recurso foi interposto em 03/09/2013, sendo tempestivo.

DO MÉRITO

Habilitação Indevida de licitante - infringência ao Art. 41 da Lei 8.666/93.

A Equipe de Auditoria verificou que dentre os documentos a serem apresentados pelos licitantes na fase de habilitação do Pregão Presencial nº 01 de 2010, referentes à regularidade fiscal, constava a prova de Inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual e/ou Municipal, relativa à sede ou ao domicílio do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto do certame, item 1.2, alínea "b" do edital.

Entretanto, não foi identificado o referido documento no processo em análise e, a pregoeira e os membros da equipe de apoio, ignorando a ausência do documento, elaboraram a Ata em 16/06/2010, afirmando que procederam à conferência da documentação de habilitação da empresa vencedora da fase de lances, declarando-a habilitada e, em ato contínuo, o Presidente da Casa de Leis, Sr. Sergio Meneguelli, homologou o procedimento licitatório.

Ante o exposto, entende a Equipe Técnica que a empresa vencedora do certame deveria ter sido inabilitada por não ter apresentado o documento exigido em edital.

A 8ª Secretaria de Controle Externo constatou que foram juntadas ao processo TC - 6861/2013 (anexado ao presente), às fls. 14 e 15, cópias da Certidão Negativa de Débitos com o Município de Colatina e do Alvará de Licença para a Localização e Funcionamento.

A área técnica entende que a finalidade visada pelo edital e atendida pela licitante Fundação Educativa e Cultural do Vale do Rio Doce - FUNEVALE era a comprovação da Inscrição no Cadastro de Contribuintes Municipal.

Diz a área técnica:

Aplica-se, portanto, o princípio do formalismo moderado, tendo em vista a situação fática, incontroversa, da inscrição da licitante no cadastro municipal, e a sua aptidão para prestação de serviços de captação e transmissão ao vivo em TV aberta local das sessões ordinárias, extraordinárias e solenes da Câmara, como mostra o Alvará de Funcionamento, anexado aos autos.

(...)

Quanto à declaração da Secretaria Municipal de Finanças, à qual o Acórdão diz que é datada pós-momento da licitação e não encontrada nos autos da licitação, o recorrente esclarece que tal documento foi emitido posteriormente apenas para demonstrar a validade do Alvará de Funcionamento e Certidão Negativa como documentos hábeis à comprovação da inscrição municipal.

Conclui a área técnica por relevar a irregularidade.

O Ministério Público de Contas manifesta-se de acordo com a área técnica.

Na Instrução Técnica de Defesa, realizada após a defesa oral, a área técnica ressalta que tanto a 8ª Secretaria de Controle Externo quanto o Ministério Público de Contas opinaram pelo afastamento da outra irregularidade apontada pelo Acórdão - Habilitação indevida de licitante - Infringência ao artigo 41 da Lei nº 8.666/93), o que torna possível, a critério do Plenário, a diminuição do valor da multa que foi aplicada ao Ordenador de Despesas em função de duas irregularidades.

Ausência de apresentação de garantia - Infringência à cláusula 13ª do Contrato nº 08/2010 c/c art. 41 da Lei nº 8.666/93.

A Equipe de Auditoria constatou que, no Contrato nº 08/2010, caberia à contratada prestar garantia de 5% (cinco por cento) sobre o valor total do contrato, conforme cláusula décima terceira abaixo transcrita:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - DA APRESENTAÇÃO DA GARANTIA
13.1 - Em garantia das obrigações ora assumidas, a contratada presta a garantia no equivalente a 5% (cinco por cento) sobre o valor total do contrato, conforme previsto no Artigo 56 da Lei 8.666/93 e alterações.

Entretanto, não foram encontrados pela equipe técnica provas, documentos, ou novos argumentos suficientes para o afastamento

da irregularidade. O gestor teria tão somente repetido, palavra por palavra, as justificativas apresentadas na defesa e já devidamente rechaçadas pelo Pleno desta Corte de Contas (Acórdão TC - 131/2013).

Em sede de Defesa Oral o recorrente reconhece o erro, mas, ante a ausência de má-fé e considerando suas várias atuações positivas como Presidente da Câmara requer a reconsideração do Plenário.

Na oportunidade de apresentação de defesa oral, o gestor anexou aos autos várias manchetes de jornal noticiando atitudes de grande relevância para o cenário colatinense, atitudes estas que, de fato, demonstram o comprometimento do recorrente na gestão da coisa pública.

A 8ª Secretaria de Controle Externo destaca o trecho da ITC 1032/2012 (fls. 138 e 139 do Processo TC - 1415 em anexo):

Assim, se constou no edital sob análise a referida garantia de 5% do valor do contrato, tal exigência deve ser respeitada, vez que se presume como necessária para assegurar a execução daquele contrato.

Por outro lado, em que pese parecer cumprido o critério da impessoalidade, corolário do princípio da isonomia, na seleção da proposta mais vantajosa, restou indiretamente prejudicado tal critério, e, por conseguinte, o caráter competitivo da licitação, já que alguns licitantes podem ter sido aliados do processo, ante a presença de tal obrigatoriedade.

Grifo nosso.

A área técnica conclui pela ofensa à cláusula décima terceira do Contrato nº 08/2010 c/c Artigo 41 da Lei 8.666/93.

Permito-me discordar do entendimento exarado pela área técnica.

A própria área técnica afirma que as atitudes do gestor, de fato, demonstram o comprometimento do recorrente na gestão da coisa pública, senão vejamos:

Criou a TV Câmara - informa que Colatina foi a primeira cidade do Brasil a ter uma Sessão Legislativa transmitida em TV aberta;

Realizou Concurso Público após vinte e seis anos;

Reduziu o número de cargos comissionados de doze para seis;

Instalou ponto eletrônico;

Instituiu a licitação através do Pregão, pois seria mais econômico para a administração;

Equipou as dependências da Câmara com móveis e computadores para a realização dos trabalhos;

Aboliu as cotas de gasolina nos Vereadores;

Proibiu passagens e diárias para Vereadores e Assessores.

Além disso, não vislumbrei dolo na conduta do gestor e nem mesmo a ocorrência de dano ao erário ao não se cobrar a garantia contratual e, portanto, entendo que não se sustenta a irregularidade, pois se trata de inconsistência de cunho meramente formal não havendo grave dano, sendo procedentes os argumentos trazidos pela defesa. É claro e evidente, que a irregularidade remanescente, por todo o exposto não tem o poder de macular as contas de uma gestão tão profícua conforme amplamente demonstrado

VOTO

À luz do exposto, respeitados os trâmites de estilo, acompanhando em parte o entendimento da área técnica bem como o do Ministério Público Especial de Contas, VOTO pelo CONHECIMENTO do presente Recurso de Reconsideração, para no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO TOTAL, excluindo as irregularidades apontadas no Acórdão TC-131/2013, dando quitação ao responsável.

Após os trâmites de estilo, os autos deverão ser arquivados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-6860/2013, ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia quinze de julho de dois mil e quatorze, à unanimidade, conhecer do presente Recurso de Reconsideração, para, no mérito, dar-lhe provimento total, excluindo as irregularidades apontadas no Acórdão TC-131/2013, dando quitação ao responsável, arquivando-se os autos, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da deliberação os Senhores Conselheiros Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel, Sérgio Manoel Nader Borges e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 15 de julho de 2014.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO
Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-422/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-7250/2011 (APENSOS: TC-1242/2007, TC-5406/2007, TC-7253/2011, TC-7261/2011, TC-7262/2011 E TC-7263/2011)

JURISDICIONADO - BANESTES S/A

ASSUNTO - RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO

RECORRENTE - ROBERTO DA CUNHA PENEDO

EMENTA: RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO - 1) CONHECER - 2) PROVIMENTO PARCIAL - REGULAR COM RESSALVAS - REFORMULAR INTEGRALMENTE ACÓRDÃO TC-332/2011 - 3) ESTENDER EFEITOS AOS DEMAIS RECURSOS INTERPOSTOS - 4) DETERMINAÇÕES - 5) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO EM SUBSTITUIÇÃO EDUARDO PEREZ:

1. RELATÓRIO

Trata-se de **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO** interposto pelo Sr. **ROBERTO DA CUNHA PENEDO**, Diretor-Presidente do BANESTES S.A. - Banco do Estado do Espírito Santo no exercício de 2006, em face do **ACÓRDÃO TC 332/2011**, constante do **PROCESSO TC N.º 1242/2007**, que julgou irregulares os atos de gestão e condenou o gestor ao pagamento de multa no valor correspondente a 600 (seiscentos) VRTE, em virtude dos seguintes procedimentos irregulares:

1.1.1. *Pagamentos indevidos referentes a reclamações trabalhistas extintas - infringência a Cláusula Sétima, item II, dos Contratos da Área Trabalhista c/c o artigo 154, §2º, da Lei nº 6.404/76;*

1.1.2. *Insuficiência de Provisão para ações judiciais em andamento contra o Banco - infringência ao artigo 10 da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 750/1993;*

1.1.3. *Falta de contabilização e de conciliação bancária das contas em moedas estrangeiras (conta DEME) - infringência ao anexo II, item 9 da Circular nº 2.106 de 20/12/1991, do Banco Central do Brasil;*

1.1.4. *Ausência do Termo de Conferência impresso devidamente autenticado das Disponibilidades em Moeda Estrangeira - infringência ao anexo II, item 8 da Circular nº 2.106/1991, do Banco Central do Brasil;*

1.1.5. *Ausência de Certidão do INSS e/ou FGTS - infringência ao artigo 47, inciso I, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e ao artigo 2º da Lei nº 9.012/95 c/c artigo 29 da Lei nº 8.666/93;*

a) *Contrato nº 52387, inexigibilidade de licitação - Processo nº 5325-2;*

b) *Terceiro Termo Aditivo ao Contrato nº 37229, inexigibilidade de licitação 14-0/2004 ;*

c) *Pagamentos relativos a patrocínios realizados em 2006;*

d) *Processo 027/2005 - CT 51.518 - SAFRA LEASING;*

e) *Processo 240-5/2006 - Cartas Reversais 006/06, 007/06 e 008/06 - ASBACE;*

f) *Processo 007/2005 - CT 50.141 - LF Rating;*

g) *Processo 5272-4/2006 - CT 54.179 - G-PLUS Informática;*

1.1.6. *Ausência de Publicação do Resultado da Licitação na modalidade Pregão - infringência ao artigo 30 do Decreto nº 1.527-R/2005;*

1.1.7. *Descumprimento de Cláusula Editalícia - infringência ao artigo 3º c/c os artigos 30, 41 e 45 da Lei nº 8.666/93:*

a) *Contrato nº 52511, Pregão nº 015/2006;*

b) *Contrato nº 50565, Edital de Concorrência Pública nº 009/2005.*

1.1.8. *Descumprimento de Cláusula Contratual:*

a) *Contrato nº 42668 - infringência à Cláusula Segunda, §3º.*

1.1.9. *Pagamento sem cobertura contratual - infringência ao artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93:*

a) *Contrato nº 42670, Pregão 018/2004 - Processo nº 4152-1;*

b) *Contrato nº 42671, Pregão 018/2004 - Processo 02/04;*

c) *Contrato nº 42668, Pregão 018/2004 - Processo 02/04;*

d) *Contrato nº 43019, Contratação Direta - Processo 453/04;*

e) Contrato nº 44867, Pregão nº 069/04.

1.1.10. Pagamento sem cobertura contratual e acréscimos superiores ao estabelecido em lei e respectivos aditivos contratuais - *infringência ao artigo 60, parágrafo único, e artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93;*

1.1.11. Ausência de publicação, justificativa de preço e razões e razões de escolha na contratação de patrocínio por inexigibilidade - *infringência ao artigo 26, caput e incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal:*

a) Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios;

b) Contrato de patrocínio VITÓRIA DO FUTURO, Processo 295/2006;

c) Contrato de patrocínio NEYMARA CARVALHO, Processo 295/2006.

1.1.12. Ausência de justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínios por inexigibilidade - *infringência ao artigo 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal:*

a) Contrato de patrocínio - Processo 584-5/06, Contrato 50310;

b) Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES - Processo 134/2006.

1.1.13. Ausência de formalização contratual - *infringência ao artigo 60 c/c artigos 55 e 62, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93:*

a) Pagamentos avulsos efetuados em decorrência da aprovação da concessão de patrocínios.

1.1.14. Realização de patrocínios em desconformidade com normativos internos - *infringência aos itens 1, 2 e 5 da Resolução nº 507/1999 do COLED e os itens 3, 3.5, 3.6 e 3.7 da "POLÍTICA DE PATROCÍNIO E DOAÇÕES DO BANESTES", criada pelo Voto DICOM 173/2004:*

a) Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios descritos nos DOCs 32, 33, 33-A, 34 e 35;

b) Contrato de patrocínio - Processo 584-5/2006, Contrato 50310;

c) Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES - Processo nº 134/06.

1.1.15. Indicação da marca para aquisição de equipamentos de informática - *infringência ao §7º, do artigo 15, da Lei nº 8.666/93:*

a) Pregão nº 032/2006, CT 54.179, G-PLUS.

1.1.16. Contratação de pessoal sem concurso público - *infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal:*

a) Contrato 012/2005 - Conveniência de Cooperação Técnica S/N e aditivo nº 01.

1.1.17. Desvio do objeto do contrato - *infringência à cláusula segunda, que trata do objeto do contrato:*

a) Contrato 42663 - MP PUBLICIDADE LTDA. - Concorrência nº 001/2003.

1.1.18. Terceirização de atividade fim das instituições financeiras - *infringência à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Instrução Técnica nº 10/98 do TCEES;*

Foi ainda o gestor condenado solidariamente com o Sr. Paulo Roberto Mendonça França, ao ressarcimento de 966,42 VRTE, referentes aos itens 1.1.1 e 1.2.1, acima descritos.

Regularmente notificado, o gestor apresentou **RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO** objetivando tornar sem efeito a condenação imposta. Tendo em vista que os itens 1.1.2, 1.1.3 e 1.1.4 tratam de matéria contábil, a 8ª Secretaria de Controle Externo solicitou a análise dos itens mencionados à 1ª Secretaria de Controle Externo (setor competente).

A 1ª Secretaria de Controle Externo, mediante **MANIFESTAÇÃO CONTÁBIL DE RECURSO - MCR 4/2012** confeccionada pela servidora Maria de Fátima Souza Barros, concluiu, quanto ao item 1.1.2, pelo afastamento da irregularidade. Quanto aos itens 1.1.3. e 1.1.4., entendeu pela manutenção das mesmas.

Retornado os autos à 8ª Secretaria de Controle Externo, em **INSTRUÇÃO TÉCNICA DE RECURSO - ITR 106/2012** ut fls. 113/150 confeccionada pela Auditora de Controle Externo Maria Clara Seabra de Mello Costa, devidamente ratificada pelo Auditor de Controle Externo José Augusto Martins Meirelles Filho (Secretário deste mesmo setor), entenderam pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso de Reconsideração impetrado.

O H. Ministério Público Especial de Contas, em manifestação MMPC 2215/2013 (fl. 154), posicionou-se **de forma idêntica à área técnica.**

É o relatório.

2.FUNDAMENTAÇÃO

Pois bem.

Analisando as condições de admissibilidade do recurso, observo presentes a capacidade, o interesse e a legitimidade processual do Recorrente.

Também verifico que a notificação do Acórdão TC 332/2011 foi publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo no dia 24/10/2011, e, considerando que o Recurso de Reconsideração foi

protocolado em 20/11/2011, tem-se o mesmo como tempestivo.

Quanto ao mérito da presente exordial, para melhor compreensão dos fundamentos apresentados, pautaremos conforme a ordem das irregularidades apresentadas:

2.1. Pagamentos indevidos referentes a reclamações trabalhistas extintas - *infringência a Cláusula Sétima, item II, dos Contratos da Área Trabalhista c/c o artigo 154, §2º, da Lei nº 6.404/76:*

Como se observa da **ITR 108/2012**, refere-se tal apontamento a pagamentos efetuados a escritórios de advocacia tendo por base ações trabalhistas já extintas, infringindo os dispositivos descritos neste item 2.1.

O Recorrente reitera as alegações feitas em sua peça defensiva, **reafirmando que as ações apontadas pela área técnica não estavam extintas.** Aduz o gestor que, ao contrário do que foi colocado pela ITC n.º 6263/2010, **a documentação comprobatória foi juntada aos autos.**

Acostando tabela identificando as ações, as datas dos pagamentos a as datas de extinção dos processos, colaciona a documentação de fls. 20 a 66, correspondente aos andamentos das ações judiciais.

Compulsando os autos, verifico assistir razão ao Recorrente: os autos dos processos identificados por esta Corte **só foram definitivamente arquivados em datas posteriores aos pagamentos efetuados**, razão pela qual tal irregularidade deve ser **AFASTADA.**

2.2. Insuficiência de Provisão para ações judiciais em andamento contra o Banco - *infringência ao artigo 10 da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 750/1993:*

Como já exposto, este item tratou de matéria contábil, onde fora analisado pela 1ª Secretaria de Controle Externo em **MANIFESTAÇÃO CONTÁBIL DE RECURSO - MCR N.º 4/2012**, confeccionada pela Coordenadora daquele setor Maria de Fátima Souza Barros, onde passamos a transcrição:

Diante do exposto, na estreita observância dos documentos acostados aos autos, assiste razão ao recorrente quando alega falta de indicação do risco que ensejaria o provisionamento indicado, tendo em vista a diferença entre as datas dos relatórios apresentados nos documentos acostados e a data de encerramento do balanço. Neste sentido, opinamos pelo afastamento da irregularidade apontada.

Alinhando-me ao posicionamento técnico da 1ª Secretaria de Controle Externo, devidamente ratificada pela 8ª Secretaria de Controle Externo na ITR 106/2012, **AFASTO A IRREGULARIDADE** consubstanciada na insuficiência de provisão para ações judiciais em andamento contra o Banco.

2.3. Falta de contabilização e de conciliação bancária das contas em moedas estrangeiras (conta DEME) - *infringência ao anexo II, item 9 da Circular nº 2.106 de 20/12/1991, do Banco Central do Brasil:*

Igualmente analisado pela 1ª Secretaria de Controle Externo em **MANIFESTAÇÃO CONTÁBIL DE RECURSO - MCR N.º 4/2012**, passo a transcrição:

Ao analisar a documentação, verificamos que a mesma não apresenta esclarecimentos sobre a regularização do montante correspondente a US\$ 7.112.513 (Sete milhões, cento e doze mil, quinhentos e treze dólares americanos), apurado pela equipe de auditoria, no banco JP Morgan e também sobre as alegações referente a sub-avaliação das contas, em virtude da possibilidade de existência de entradas ou saídas de recursos não contabilizadas em decorrência da excessiva quantidade de lançamentos pendentes de conciliação. Na data base do balanço

Constatamos ainda, que as dificuldades para realizar a conciliação são reafirmadas pelas alegações do Sr. Roberto Penedo no presente Recurso de Reconsideração ao informar que, como forma de corrigir as divergências apresentadas e reduzir o prazo das pendências ao permitido pela legislação, esta em processo de contratação um sistema que permitirá a conciliação automática de 80% da movimentação das contas no exterior com previsão de implantação em 2012, dando conta que somente neste ano a conciliação poderá ser realizada, confirmando a ausência de conciliação e a possibilidade de falta de contabilização dos valores apurados pela equipe.

Tendo em vista o exposto, sugerimos manter a irregularidade apontada no presente item 2.1.2 do Acórdão TC 332/2011 para o exercício de 2006, uma vez que a mesma ainda persiste no presente exercício.

Em entendimento idêntico ao posicionamento técnico da 1ª Secretaria de Controle Externo, devidamente ratificada pela 8ª Secretaria de Controle Externo na ITR 109/2012, pelo fato de ainda persistir a irregularidade quanto à falta de contabilização

e de conciliação bancária das contas em moedas estrangeiras, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.4. Ausência do Termo de Conferência impresso devidamente autenticado das Disponibilidades em Moeda Estrangeira - infringência ao anexo II, item 8 da Circular nº 2.106/1991, do Banco Central do Brasil:

Também analisado pela 1.ª Secretaria de Controle Externo em **MANIFESTAÇÃO CONTÁBIL DE RECURSO – MCR N.º 005/2012**, passo a transcrição me alinhando ao mesmo posicionamento:

Levando em consideração que as alegações do Sr. Ranieri Feres Doellinger, no presente Recurso de Reconsideração, expressam a situação atual dos fatos apontados pela equipe técnica e que não juntam documentos que visem comprovar a regularidade da situação à época da realização da auditoria, opinamos pela manutenção da irregularidade apontada.

Novamente me perfilhando ao entendimento técnico da 1.ª Secretaria de Controle Externo, devidamente ratificada pela 8.ª Secretaria de Controle Externo na **ITR 106/2012**, pelo fato do Sr. Ranieri Feres Doellinger não juntar documentos que visem comprovar a regularidade da situação, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.5. Ausência de Certidão do INSS e/ou FGTS - infringência ao artigo 47, inciso I, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e ao artigo 2º da Lei nº 9.012/95 c/c artigo 29 da Lei nº 8.666/93 (Contrato n.º 52387, inexigibilidade de licitação - Processo n.º 5325-2; Terceiro Termo Aditivo ao Contrato n.º 37229, inexigibilidade de licitação 14-0/2004; Pagamentos relativos a patrocínios realizados em 2006; Processo 027/2005 – CT 51.518 – SAFRA LEASING; Processo 240-5/2006 – Cartas Reversais 006/06, 007/06 e 008/06 – ASBACE; Processo 007/2005 – CT 50.141 – LF Rating; Processo 5272-4/2006 – CT 54.179 – G-PLUS Informática)

Compulsando as alegações recursais, aduz o Recorrente que a irregularidade descrita neste item trata-se de erro formal, não causando prejuízo ao interesse público e tampouco ao particular contratado. Colaciona aos autos conceito de irregularidade formal, e acosta Decisão do Tribunal de Contas da União.

Em simetria com a **ITR 106/2012**, verifica-se que não assiste razão ao recorrente. Verificou-se, *in casu*, violação aos seguintes dispositivos legais e constitucionais: art. 47, I, da Lei n. 8.212/91, art. 195, § 3º da Constituição Federal, art. 2º da Lei nº 9.012/95 e art. 29 da Lei nº 8.666/93. Logo, houve infringência a nada menos que três dispositivos legais e uma norma constitucional.

Para evitar maiores delongas, transcrevo apenas o que determina o art. 195, § 3.º da Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 3º - **A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social**, como estabelecido em lei, **não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios.**

(Grifos nossos).

Não há como se caracterizar uma violação expressa à Constituição como se fosse "mera irregularidade formal". As normas legais e constitucionais violadas pelo gestor tratam de institutos de regularidade fiscal, fundamentais para o financiamento da seguridade social. Sua transgressão não se caracteriza, de forma alguma, mera impropriedade formal. No mais, como capitulado, não fora apenas esta inobservância legal que ocorreria.

Desta forma, face ausência de qualquer azo nas argumentações tecidas pelo Recorrente, que, numa análise perfunctória consigo ainda vislumbrar intuito meramente procrastinatório do decisório proferido por esta Egrégia Corte de Contas, voto pela **MANUTENÇÃO DO PRESENTE ITEM COMO IRREGULAR.**

2.6. Ausência de Publicação do Resultado da Licitação na modalidade Pregão – infringência ao artigo 30 do Decreto n.º 1.527-R/2005:

O Recorrente questiona o argumento utilizado pela **INSTRUÇÃO TÉCNICA CONCLUSIVA – ITC N.º 6263/2010**, que seria obrigatoriedade de publicação do ato, vez que "a publicidade deve atingir não apenas aos interessados no processo licitatório, mas toda a sociedade, dando transparência e permitindo uma ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública".

O Recorrente reitera suas alegações no sentido de que a publicação do resultado seria dispensável no caso do pregão, afirmando que uma das características do pregão é a concentração dos atos da fase externa do procedimento, onde, uma vez concluída a análise das propostas e da qualificação dos licitantes, o pregoeiro divulgaria o

resultado da licitação aos licitantes, procedendo com a adjudicação do objeto ao ofertante da melhor proposta, dentre outras considerações que busca elidir a necessidade de efetiva publicação.

Acosta doutrina a fim de subsidiar a alegação desta desnecessidade, e declara a inexistência de fundamento legal para essa irregularidade apontada. *Data venia*, entendo por **não merecer acolhida** a tese do Recorrente.

Em diligente *opinio*, a Área Técnica explica que a publicidade é princípio constitucional que norteia a Administração Pública. O Decreto n. 1.527-R/2005, que regulamenta o pregão eletrônico no Estado do Espírito Santo, **ao determinar expressamente, em seu art. 30, a publicação do resultado da licitação**, nada mais faz do que concretizar a aplicação do referido princípio na modalidade licitatória em destaque.

Assim, engana-se o Recorrente quando quer fazer crer que a publicidade é dispensável, e que o resultado da licitação interessaria apenas aos licitantes. Como bem trazida pela ITC n.º 6263/2010, a publicidade aproveita a todos, pois viabiliza o controle social.

Temerária é a tentativa do Recorrente em tentar induzir a erro essa Corte de Contas quando colaciona doutrina que supostamente afirma a desnecessidade de publicação: Em verdade, esta apenas explica que, para o início do prazo recursal, não é necessária a publicação do resultado do certame. **O comentário do Professor Joel de Menezes Neibuhr não alcança as demais finalidades da publicação do resultado.**

Como se não fosse suficiente tal fato, mais uma vez incorre em erro o Recorrente quando afirma ausência de fundamento legal. Como já citado, ocorreu violação expressa ao Decreto n.1.527-R/2005 que regulamenta em âmbito estadual, a Lei n.º 10.520/2002.

Logo, opino pela **MANUTENÇÃO DA IRREGULARIDADE.**

2.7. Descumprimento de Cláusula Editalícia – infringência ao artigo 3º c/c os artigos 30, 41 e 45 da Lei nº 8.666/93:

As razões recursais da presente irregularidade, foram divididas em 2 procedimentos. Passaremos a análise desta forma, com o escopo de melhor entendimento deste Colendo Plenário:

2.7.1. Contrato n.º 52511 - Pregão n.º 015/2006:

A irregularidade trata de descumprimento de cláusula de edital, que determina a garantia de 36 meses prestada diretamente pelo fabricante ou por assistência técnica formalmente autorizada pelo fabricante. Determina ainda a juntada de cópia autenticada do contrato entre o fabricante a assistência técnica, se for o caso.

No caso em análise, o Banestes não exigiu da empresa vencedora do certame o contrato mencionado, violando, portanto, o edital da licitação.

O Recorrente argumenta que existia uma ressalva no texto do edital, não considerada pela área técnica, onde-se afirma que "o contrato deveria ser apresentado SE FOSSE O CASO (se este existisse)". Aduz ainda que:

"considerando não existir contrato firmado entre o fabricante e a assistência técnica, a exigência editalícia foi atendida pela licitante vencedora, através da declaração apresentada pela SUN Microsystems do Brasil Indústria e Comércio Ltda. (fabricante do produto objeto da licitação), conforme documento nº 08, anexo a manifestação inicial, o qual contém a seguinte informação:

A Cimcorp Comércio Internacional e Informática S/A, CNPJ: 59.773.416/0001-95, é nossa revenda autorizada a comercializar, prestar serviços de assistência técnica e suporte em nossa linha de equipamentos desde o ano de 2001"

Data vênha, não merecem prosperar as alegações do Recorrente.

Como bem ressaltado pela ITR 107/2012, a ressalva no texto do edital não pode ser interpretada como bem quer o gestor. **A ressalva existe porque o próprio fabricante pode participar da licitação. Entretanto, caso o vencedor do certame seja uma empresa que presta assistência técnica, deverá juntar o contrato celebrado entre si e o fabricante.**

Interpretação diversa carece de consistência, tendo em vista que o **próprio Banestes, ao analisar recurso interposto por outra licitante**, ressaltou a relevância da cláusula em apreço (ITC n.º 6263/2010):

Em análise técnica realizada pela Comissão de Licitação bem como em Parecer da Gerência Jurídica Consultiva do BANESTES, concluiu-se que a inexistência de contrato entre a empresa fornecedora do equipamento e dos serviços de manutenção com o fabricante colocaria em risco a própria viabilidade operacional da atividade fim do BANESTES, considerando que a garantia do equipamento é exclusividade do fabricante, que diante da complexidade e dimensão do objeto licitado, deveria a Administração se resguardar minimamente de que a contratada teria capacidade de cumprir com segurança o objeto licitado e ainda que todas as exigências contidas no ANEXO I do Edital, são extremamente necessárias e

indispensáveis para satisfazer o interesse buscado.

Pelo exposto, foi negado provimento à referida impugnação e dado prosseguimento ao certame, apresentando proposta, na data da abertura do Pregão, apenas a empresa CIMCORP Comércio Internacional e Informática S.A., vencedora da licitação.

Desta forma, concordando com o entendimento exarado pela Comissão de Licitação do Banestes e discordando da interpretação dada à cláusula em apreço pelo Recorrente, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.7.2. Contrato n.º 50565, Edital de Concorrência Pública n.º 009/2005:

Trata a irregularidade da garantia ao contrato, que, por ocasião da prorrogação contratual, ficou aquém do estipulado pelo edital da licitação. O recorrente alega que "no presente caso não houve qualquer tipo de dano ou prejuízo causado ao Banestes, uma vez que o contrato foi executado até o seu término em estrito cumprimento as regras estabelecidas contratualmente. Ao final do contrato a garantia prestada foi devolvida à Contratada (CSU Cardsystem S/A), conforme se comprova através do documento anexo".

Perfilhando-me ao entendimento técnico, **não devem ser acolhidas** as justificativas supra, pois a **inocorrência** do dano **não abona** a conduta do Recorrente, visto que uma das atribuições do gestor é zelar pelo interesse público, atuando cautelosa e preventivamente em sua proteção.

Ao deixar de exigir a recomposição da garantia para o percentual determinado pelo edital, o gestor não cumpriu seu dever de zelar pelo patrimônio público. O descumprimento do contrato pelo particular é uma possibilidade que o administrador tem a obrigação de tornar a **mais remota possível**, valendo-se dos elementos permitidos pela lei, dentre eles, **a garantia contratual**. Esta, por sinal, tem a dupla função de inibir o descumprimento do contrato e de reestabelecimento patrimonial, em caso de dano.

Assim, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.8. Descumprimento de Cláusula Contratual (Contrato n.º 42668 – infringência à Cláusula Segunda, §3º):

A cláusula segunda, § 3º do contrato em apreço assim estabelece: (...)

Parágrafo terceiro: Fica estabelecido que os pagamentos mensais só serão efetuados pelo contratante, se a CONTRATADA apresentar mensalmente, anexado à nota fiscal/fatura, as certidões negativas de débito relativas: FGTS, INSS e ISSQN do município onde os serviços serão executados, dos salários assinados pelos vigilantes, ou cópia de crédito em conta corrente, comprovando o recebimento dos salários, referentes ao mês anterior.

(...)

A equipe de auditoria desta Corte apurou que o Banestes, durante a execução contratual, não atuou conforme o estabelecido na referida cláusula, descumprindo determinação que o próprio banco impôs.

Em suas razões recursais, o Recorrente alega que as exigências feitas por essa Corte de Contas carecem de respaldo jurídico, afirmando que este Egrégio Plenário distorcem o teor da Lei 8.666/93 e das demais normas sobre o tema.

Prossegue ainda o r. gestor declarando que "não existe norma vinculante que fixe uma metodologia pela qual esse controle será feito, ficando a cargo de cada ente público criar seu plano para tornar essa verificação satisfatória".

Declara ainda que a documentação juntada aos autos comprovaria que, à época da contratação, a empresa encontrava-se em situação regular com o INSS e FGTS, e colaciona aos autos decisões judiciais no sentido de que seria ilegal a retenção de pagamento em função da não comprovação da regularidade fiscal no decorrer do contrato. Não merecem acolhidas as razões do recorrente.

Como bem norteado pela área técnica, o artigo 55 da Lei n.º 8.666/93 estipula como cláusula necessária em todo contrato, a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do ajuste, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame. Logo, a cláusula 2ª, § 3º do contrato n.º 42668 **nada mais é do que a materialização da norma acima citada, sendo também, disposição obrigatória do referido contrato.**

Não se discute neste item se o contratado estava ou não em situação regular no momento da habilitação. Essa questão encontra-se, obviamente, superada. O que se examina é o descumprimento, por parte do gestor, da obrigação de se certificar se o contratado manteve tal condição durante toda a execução contratual.

Vejamos o que leciona Marçal Justen Filho sobre o tema:

O inc. XIII destina-se a evitar dúvidas sobre o tema. A sua ausência não dispensaria o particular dos efeitos do princípio de que a habilitação se apura previamente, mas se exige a presença permanente de tais requisitos, mesmo durante a execução do contrato. O silêncio do instrumento não significará dispensa da exigência. Se o particular,

no curso da execução do contrato, deixar de preencher as exigências formuladas, o contrato deverá ser rescindido.

Em outras palavras, como cláusula obrigatória do contrato, não precisaria sequer estar escrita, pois decorre da própria lei. Desta forma, o gestor tinha a obrigação de verificar os requisitos de habilitação, que, se descumpridos, poderiam ocasionar a rescisão contratual. Este, no entanto, não procedeu a averiguação, embora estivesse diante de um dever legal e contratual.

Importante consignarmos que não se fala aqui em retenção ilegal do pagamento, que, caso a Administração verificasse irregularidade na situação da empresa, seria feito mediante indenização. Entretanto, como já exposto, outras consequências poderiam e deveriam advir do fato, de forma que não se poderia deixar de cumprir seu dever de checar os dados elencados na cláusula *sub examine*.

Portanto, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.9. Pagamento sem cobertura contratual - infringência ao artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (Contrato n.º 42670, Pregão 018/2004, Processo n.º 4152-1; Contrato n.º 42671, Pregão 018/2004, Processo n.º 02/04; Contrato n.º 42668, Pregão 018/2004, Processo 02/04; Contrato n.º 43019, Processo 453/04; e Contrato n.º 44867, Pregão nº 069/04):

O Recorrente adota uma linha argumentativa para todos os processos em referência neste tópico, com base no reconhecimento, pela ITC n.º 6263/2010, da inexistência de lesão ao erário. Vejamos o que alega o recorrente:

"Verifica-se que a própria 1ª Controladoria Técnica reconhece a inexistência de lesão ao cofre público, portanto, ainda que essa Corte de Contas entenda por manter a irregularidade, essa não é passível de aplicação de sanção de multa, pois não houve qualquer infração a norma legal de natureza contábil, não há dano e/ou risco para o BANESTES, conforme afirmado pela própria 1ª CT, nem tão pouco (sic) desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores público (sic), razão pela qual, não existe fundamento para que a decisão seja proferida com esteio no art. 59, inciso III da Lei Complementar 32/93. Assim, pugna-se pelo julgamento com fundamento no art. 59, inciso II da Lei Complementar 32/93, pois é caso típico de julgamento regular com ressalvas".

No entanto, o r. Recorrente se engana quanto à natureza da irregularidade apontada por esta Corte. Não se trata, como deixa claro a 1.ª Secretaria de Controle Externo, de lesão ao erário, mas sim, de violação a uma norma legal, prevista na Lei n.º 8.666/93.

O pagamento sem cobertura contratual consiste em uma violação direta a Lei n.º 8.666/93, expressando falta de planejamento por parte do gestor. Logo, a solicitação deste para que o item seja julgado *regular com ressalva* é incabível, tendo em vista que são as contas julgadas, e não o item.

Pelas razões descritas, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.10. Pagamento sem cobertura contratual e acréscimos superiores ao estabelecido em lei e respectivos aditivos contratuais - Infringência ao artigo 60, parágrafo único, e artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93:

Pelo fato do Recorrente limitar-se a repetir a argumentação do item anterior, também me reporto à análise acima delineada, observando que os pagamentos questionados referem-se a **serviços não previstos no contrato**, culminando em acréscimo superior aos 25% previstos na lei.

Logo, sem maiores delongas e em linha com o entendimento da área técnica e do *parquet* de Contas, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

11. Ausência de publicação, justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínio por inexigibilidade - infringência ao artigo 26, caput e incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal (Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios; Contrato de patrocínio VITÓRIA DO FUTURO, Processo 295/2006; Contrato de patrocínio NEYMARA CARVALHO, Processo 295/2006); e

12. Ausência de justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínios por inexigibilidade - infringência ao artigo 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal (Contrato 50310, Processo 584-5/06; e Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES – Processo 134/2006).

Como o Recorrente abordou conjuntamente as irregularidades acima, passo a tecer minhas considerações sem alterar a formatação topológica das argumentações tecidas.

Pois bem.

Compulsando os autos verifico que, nas palavras do Recorrente, o patrocínio seria uma ferramenta de *marketing* que permitiria o estreitamento do relacionamento da empresa com públicos estratégicos. Assim, a justificativa da escolha dos projetos apontados

nos presentes itens seria, segundo aquele, "a possibilidade de aliar a oportunidade do patrocínio com a possibilidade de relacionamento com públicos chave: prefeituras, empresários, autoridades e formadores de opinião".

Afirma ainda o recorrente que, em contrapartida ao patrocínio, foi feita a divulgação do banco e de seus produtos para um público-alvo de interesse comercial do Banestes, fortalecendo a marca e instigando a geração de negócios nos locais em que ocorreu o patrocínio. E, especificamente no que concerne a patrocínios concedidos a prefeituras, assegura que esses são os maiores clientes do banco.

Transcrevendo o art. 26 da Lei n. 8.666/93, argumenta que seria possível concluir que a lei reconhece que nem todos os casos de inexigibilidade – focando a análise nessa espécie de contratação direta – serão capazes de atender rigorosamente aos elementos solenes requeridos na lei, bem como serem os patrocínios em apreciação, "hipóteses nas quais determinadas formalidades podem sim ser dispensadas".

Além disso, afirma que apenas os incisos II e III do art. 26 seriam aplicáveis, anexa documentos, tece comentários acerca da falta de publicação do resumo do contrato (defendendo que a ausência de publicação do extrato do contrato não invalidaria o mesmo), dentre outras considerações.

Em que pese tais escusas, **as mesmas não merecem prosperar**. Perfilhando-me tanto à área técnica, como ao entendimento ministerial, esclarecemos desde logo que esta Corte de Contas entendeu como irregular, **o descumprimento do caput do artigo 26, e seus incisos II e III**, não havendo, ao contrário do que temerariamente insinua o Recorrente, outros apontamentos quanto aos demais incisos da mencionada norma.

Ora, não se coloca em dúvida a legitimidade do patrocínio como opção de marketing de forma geral. No entanto, nas **situações específicas** em que foram encontradas as irregularidades em debate, diverso é o fato: observa-se nos processos listados, a falta de publicação do resumo do contrato, justificativa de preço e razões de escolha do patrocinado.

Além disso, verifiquei o registro de apenas os objetivos dos eventos, não esclarecendo em que sentido os mesmos seriam mercedores do patrocínio do banco, ou ainda, como se enquadrariam na política de patrocínio do Banestes. Não há registrada qualquer diferença entre patrocinar um evento ou meramente distribuir panfletos na rua, com a marca do banco e serviços oferecidos.

Isto posto, não se verifica o cumprimento das exigências do inciso II do art. 26 da Lei n. 8.666/93, qual seja, razão da escolha do fornecedor, bem como não se vislumbra as justificativas dos preços face total falta de detalhamento das despesas que se pretendem patrocinar, pelo fato dos processos serem instruídos com valores globais, não tendo como verificar o porquê de cada montante.

No que concerne à ausência de publicação, **ao contrário do alegado pelo Recorrente, a publicação não é desnecessária**. Se a lei exige a publicação é porque esta cumpre uma função no universo jurídico-administrativo, conferindo eficácia ao contrato, evitando um ajuste que não foi previamente divulgado a toda a sociedade. A exposição da marca do Banestes nos eventos patrocinados não supre a falta de publicação do ato.

Logo, diante da insubsistência de fundamentos legais e fáticos das alegações de recurso do Recorrente, opino pela **MANUTENÇÃO DAS IRREGULARIDADES**.

2.13. Ausência de formalização contratual - infringência ao artigo 60 c/c artigos 55 e 62, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93 (Pagamentos avulsos efetuados em decorrência da aprovação da concessão de patrocínios).

O Recorrente, mais uma vez, pauta suas razões afirmando "formalismo exacerbado". Ressalta que a Lei n. 8.666/93 prevê o redimensionamento da formalidade quando esta não atende ao interesse público. E acrescenta que mesmo a Administração Pública Direta não deve privilegiar o formalismo exacerbado, posto que este pode prejudicar ao interesse público, e aborda a necessidade de agilidade nas decisões.

Citando Lucas Rocha Furtado e Marçal Justen Filho, aborda formalidades não essenciais dos processos licitatórios e comenta o art. 62, § 4º da Lei n. 8.666/93. Tece suas construções também afirmando que, de acordo com o art. 37, § 6º da CRFB/88, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos só seriam responsáveis diante da **ocorrência de dano**. Reproduz citação de Rui Stocco sobre responsabilidade civil, e conclui que:

"... a mera alegação de que os Administradores ora manifestantes não cumpriram formalidades legais – que, inclusive, são relativizadas pela doutrina, como já demonstrado – não ampara o julgamento pela

irregularidade das contas, já que não há dano algum ao patrimônio do BANESTES. Pensar de forma diversa implica frontal violação ao Princípio da Razoabilidade, aplicável à Administração Pública também nas relações desta com os particulares. A razoabilidade é definida em Direito Administrativo como o "mecanismo de controle da discricionariedade administrativa e pode ser representada pela seguinte expressão: adequação entre meios e fins". Isso significa que, atendido o interesse público de divulgação da marca BANESTES e seus produtos, sem que isso tenha gerado dano algum para o patrimônio da instituição, é medida acertada a desconstituição da imputação presente no item em estudo, posto que não há irregularidade a apontar".

Data maxima venia, não merece prosperar a tese sustentada pelo Recorrente.

O gestor, em suas alegações, fez várias considerações acerca da **relativização das formalidades previstas na Lei n. 8.666/93**. No entanto, mais uma vez, em infundada alegação, não esclarece como a situação apontada como irregular por esta Corte se enquadraria nas exceções previstas na lei.

O fato de o Banestes ser instituição financeira não impede seu administrador, por si só, de cumprir os ditames da Lei de Licitações, não logrando êxito o Recorrente em esclarecer de que forma o atendimento à lei prejudicaria a instituição. **A elaboração e a assinatura de contratos não causaria tanta demora e burocratização a ponto de danificar o patrocínio: as instituições bancárias privadas assinam contratos o tempo todo.**

No mais, integrando o Banestes em ente da administração pública indireta, exige-se ainda mais de seu gestor condutas que evitem colocar em risco o interesse público, devendo o contrato de patrocínio ser feito delimitando as obrigações de ambas as partes (o que não ocorreu), como para propiciando o controle dos atos.

Quanto as assertivas relacionadas à responsabilidade civil, bem como a citação de doutrina, incide em erro proposital o Recorrente, posto que ambas as situações se referem à responsabilidade objetiva do Estado em relação a danos causados a terceiros. Não dizem respeito à responsabilidade do administrador público em razão de atos de gestão por ele praticados.

Isto posto, pelo fato do Recorrente ser responsável pelos atos por ele praticados durante sua gestão, tendo o dever primordial de obediência à lei, voto pela **MANUTENÇÃO DA IRREGULARIDADE**.

2.14. Realização de patrocínios em desconformidade com normativos internos - infringência aos itens 1, 2 e 5 da Resolução n.º 507/1999 do COLED e os itens 3, 3.5, 3.6 e 3.7 da "POLÍTICA DE PATROCÍNIO E DOAÇÕES DO BANESTES", criada pelo Voto DICOM 173/2004 (Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios; Contrato de patrocínio – Processo 584-5/2006, Contrato 50310; Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES – Processo n.º 134/06).

Mais uma vez o Recorrente vem com suas alegações no sentido de formalismo exacerbado. Aduz ainda que a realização dos eventos foi devidamente acompanhada.

O item trata de um tema e o Recorrente aborda outro. A questão do acompanhamento dos patrocínios não foi considerada irregularidade pelo Acórdão TC n.º 332/2011, de forma que os argumentos do recorrente nesse sentido são supérfluos. No mais, este não comprova, todavia, o cumprimento da Resolução n.º 507/1999 do COLED e os itens 3, 3.5, 3.6 e 3.7 da "POLÍTICA DE PATROCÍNIO E DOAÇÕES DO BANESTES", razão pela qual opinamos pela **MANUTENÇÃO DA IRREGULARIDADE**.

2.15. Indicação da marca para aquisição de equipamentos de informática – infringência ao artigo 15, § 7º, da Lei nº 8.666/93 (Pregão n.º 032/2006, CT 54.179, G-PLUS).

O Recorrente temerariamente afirma que esta Corte de Contas deixou de atentar para o objetivo da licitação, não observando a proposta mais vantajosa para a Administração. Nega qualquer restrição ao caráter competitivo do certame, diante da participação de três empresas no procedimento licitatório. Afirma o r. Recorrente: "Com todo respeito, nobre julgador, é minimamente razoável, a fim de garantir proposta mais vantajosa, no caso deste objeto licitado, indicar a marca dos processadores, pois conforme registrado pela área técnica do BANESTES, na instrução do processo, com essa solução pretende-se não só adquirir equipamentos tecnologicamente atualizados para o site de contingência, mas também atualizar equipamentos no site principal, uma vez que, como mencionado anteriormente, existem serviços críticos sendo processados em equipamentos não adequados, tais como servidores obsoletos e estações de trabalho adaptadas".

Argumenta também o gestor que deve ser levada em consideração

a natureza da instituição, que por se tratar de um banco, precisa que seus "ambientes computacionais" tenham maior segurança, para a proteção dos clientes, e cita doutrina que supostamente confirmaria suas razões. *Data venia*, não podem ser acatadas as alegações do Recorrente.

Como bem preleciona a área técnica, é exatamente o cumprimento dos ditames da Lei n.º 8.666/93 que garante a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração e consequentemente, o atendimento ao interesse público. Assim, se a lei veda a indicação de marca, é porque a ampliação do caráter competitivo do certame favorece a realização desse objetivo, dentre outros, como a obediência ao princípio da impessoalidade.

O argumento de que a competitividade foi atendida com o comparecimento de três licitantes ao certame é insubsistente, **pois a indicação da marca pode ter impedido que outras empresas, além dessas três, participassem.**

No que concerne à manifestação do Banestes, não vislumbramos nesta qualquer justificativa técnica para a indicação da marca. Foram feitos apenas comentários genéricos sobre "equipamentos atualizados". Não é factível que apenas a marca indicada possua "equipamentos atualizados", **notadamente por tratar-se de um mercado no qual as inovações são constantes.**

Também no que concerne à questão da "segurança" alegada pelo Recorrente, **não há nos autos qualquer comprovação técnica de que a marca indicada efetivamente garanta mais segurança ao usuário.** A alegação carece de consistência.

Logo, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.16. Contratação de pessoal sem concurso público - Infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal (Contrato n.º 012/2005 – Conveniência de Cooperação Técnica S/N e aditivo n.º 01):

Como se observa das razões de recurso, busca o Recorrente informar que irregularidade apontada no tópico em análise já havia sido objeto de apreciação no processo TC n.º 1064/2006, tendo supostamente a mesma sido considerada regular.

Cumpra esclarecer que a irregularidade em voga baseia-se em violação à obrigatoriedade de concurso público mediante terceirização de atividade-fim, onde, o Banestes, sociedade de economia mista e integrante da Administração Pública Indireta, deve obediência ao mencionado regramento constitucional (37, inciso II, da CRFB/88).

Lembrando que atividade-fim é aquela que constitui ou está diretamente relacionada à atividade principal da empresa ou ente público, a Carta Maior lançou uma especificidade no tocante aos efeitos jurídicos da terceirização efetuada por entidades da administração pública direta, indireta e fundacional, colocando a aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, como requisito insuplantável para a investidura em cargo ou emprego público.

No caso em apreço, foram terceirizadas **atividades de compensação de cheques, de forma eletrônica e convencional.** Redundante esclarecermos que tais atividades guardam absoluta e direta pertinência com a atividade bancária. Apenas para conferir maior segurança quanto ao item em apreço, colaciono jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. SINDICATO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. VARA DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. BANCO. COMPENSAÇÃO DE CHEQUE.

1. À luz do art. 5º da Lei 7347/85 e do art. 129, § 1º da Constituição Federal, os sindicatos dispõem de legitimidade ativa concorrente à do Ministério Público do Trabalho para a propositura de ação civil pública.

[...]

5. A licitude da terceirização pressupõe a contratação de serviço para atendimento a uma atividade-meio da empresa. Ilícita, pois, por se tratar de atividade-fim, a contratação de mão-de-obra pelo empregador destinada ao atendimento de necessidade normal e permanente do empreendimento econômico, à luz do objetivo social da empresa (Súmula n.º 331, item III).

6. O serviço de compensação de cheques não se compadece com a terceirização porquanto, embora seja um ofício que requiera uma relativa especialização, insere-se entre as atividades principais do Banco, mormente a intermediação de moeda e custódia de valores.

7. Recurso de revista parcialmente conhecido e desprovido. Processo: RR 3300040419965170006 330004-04.1996.5.17.0006. Relator(a): João Oreste Dalazen. Julgamento: 23/02/2005. Órgão Julgador: 1ª Turma, Publicação: DJ 01/04/2005. (Grifos nossos).

Embora a decisão acima não vincule esta Corte de Contas, serve

de instrumento bussolar devida sua sólida fundamentação, corroborando a irregularidade da situação em apreço.

O processo ao qual se refere o Recorrente no início desta análise, abordou a ilicitude da terceirização sob a ótica da Súmula n.º 331 do TST e do parecer em Consulta n.º 004/98, que esclarece que o Tribunal de Contas não está vinculado a uma súmula de jurisprudência. Este parecer aponta ainda que outras instituições bancárias públicas e privadas praticam a terceirização nos moldes debatidos, e que, por tratar-se de um instituição financeira, não se pode exigir do jurisdicionado em voga o cumprimento das mesmas formalidades da Administração Pública.

Ocorre que, como já expusemos, jurisprudência não vincula esta Corte de Contas - mas sua fundamentação corrobora o entendimento ora esposado. Ou seja: a terceirização praticada pelo Banestes é ilícita por violação à obrigatoriedade do concurso público.

No mais, até mesmo em instituições privadas, a terceirização de compensação de cheques vem sendo considerada ilegal, de forma que tal instituto não favorecerá a competitividade do Banestes no mercado, tendo aquelas sofrendo inclusive vezes judiciais quanto à matéria.

Por todo exposto, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.17. Desvio do objeto do contrato – infringência à cláusula segunda (Contrato 42663 – MP PUBLICIDADE LTDA. – Concorrência n.º 001/2003).

Em absoluta concordância com a Área Técnica e com o *parquet* de Contas, ressalto que, ao contrário do que o Recorrente acredita, verificada está à ocorrência de violação às normas legais. E ratifico: ainda que não haja dano ao erário, estamos diante de uma irregularidade, passível de punição por esta Corte.

O objeto do contrato vincula a Administração e a empresa, e irá descortinar o campo normativo que incidirá sobre aquele bem, produto ou serviço em especial. **Como se não fosse suficiente, importante consignarmos que um serviço não previsto no contrato, presume-se ausência de devida licitação.**

Mais uma vez, ratificamos que a solicitação do gestor para que o item seja julgado regular com ressalva é incabível, tendo em vista que **são as contas que são julgadas e não o item.**

Logo, **MANTENHO A IRREGULARIDADE.**

2.18. Terceirização de atividade fim das instituições financeiras (Infringência à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Instrução Técnica n.º 10/98 do TCEES):

Como muito bem consignado pela Área Técnica e ratificado pelo Ministério Público Especial de Contas, por se tratar de idêntico fato já considerado irregular no item 2.8. deste voto – o que configuraria *bis in idem*, **AFASTO-O.**

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Recorrente tece considerações gerais acerca de todo o Processo 1242/2007, solicitando que as contas sejam julgadas regulares com ressalva, por supostamente não ter violado norma de conteúdo contábil, financeiro, orçamentário, operacional ou patrimonial, e nega ter causado dano ao erário, cometido desfalque, ou qualquer desvio de dinheiros bens ou valores públicos.

Rejeitamos de plano tal linha argumentativa. Como já exposto, os itens apontados como irregularidades por esta Corte de Contas contêm infringências a uma série de normas, desde regulamentos financeiros, passando pela própria Constituição Federal e pela Lei n. 8.666/93, legislação basilar da Administração Pública, que conduzem, inarredavelmente, ao julgamento pela irregularidade das contas.

Quanto às alegações referentes aos princípios da legalidade e da eficiência, não se discute que a Administração Pública deve obediência aos princípios da legalidade e da eficiência. Ambos são complementares e harmônicos, de modo que não se justifica uma violação à ordem legal pela suposição de que tal conduta seria mais eficiente. A eficiência deve ser perseguida pelo administrador nos limites da lei, do contrário, a conduta resvala perigosamente na arbitrariedade, não merecendo acolhida tais alegações.

4.DISPOSITIVO

Ante o exposto, **considerando as razões expendidas pela área técnica e pelo Ministério Público de Contas** e obedecidos todos os trâmites processuais legais, submeto a matéria à apreciação do Egrégio Plenário, propugnando o seguinte **VOTO:**

4.1. Conhecer do Recurso de Reconsideração interposto em face do **Acórdão TC 332/2011** e, no mérito, conferir-lhe **PROVIMENTO PARCIAL**, sugerindo o **afastamento** das irregularidades consubstanciadas nos pagamentos indevidos referentes a reclamações trabalhistas extintas (**item 1.1.1.**), na Insuficiência de Provisão para ações judiciais em andamento contra o Banco (**item 1.1.2.**) e na terceirização de atividade fim das instituições financeiras (referente ao **item 1.1.18.**), todos do decisório recorrido.

4.2. Após o trânsito em julgado administrativo arquivem-se os presentes autos.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN (VOTO VISTA):

I – RELATÓRIO

Com o propósito de me inteirar de forma mais completa sobre os temas tratados no processo referenciado, pedi vista dos autos em sessão plenária, o que me permitiu elaborar o voto que nesta oportunidade submeto à apreciação do Colegiado.

Trata-se de recurso de reconsideração interposto por Roberto da Cunha Penedo, insurgindo-se contra o acórdão TC 332/2011, que julgou **irregulares** as contas analisadas, condenando solidariamente os gestores do BANESTES a ressarcirem ao **erário** o valor correspondente a 966,42 VRTE, referentes aos itens **1.1.1** e **1.2.1**, abaixo descritos, bem como apenando-os com multa no valor correspondente a 600 (seiscentos) VRTE, para cada um, em razão de diversas irregularidades.

A condenação imposta ao Recorrente deveu-se à apuração das seguintes irregularidades no exercício de 2006:

1.1.1. Pagamentos indevidos referentes a reclamações trabalhistas extintas - infrigência a Cláusula Sétima, item II, dos Contratos da Área Trabalhista c/c o

artigo 154, §2º, da Lei nº 6.404/76;

1.1.2. Insuficiência de Provisão para ações judiciais em andamento contra o Banco - infrigência ao artigo 10 da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 750/1993;

1.1.3. Falta de contabilização e de conciliação bancária das contas em moedas estrangeiras (conta DEME) - infrigência ao anexo II, item 9 da Circular nº 2.106

de 20/12/1991, do Banco Central do Brasil;

1.1.4. Ausência do Termo de Conferência impresso devidamente autenticado das Disponibilidades em Moeda Estrangeira - infrigência ao anexo II, item 8 da Circular nº 2.106/1991, do Banco Central do Brasil;

1.1.5. Ausência de Certidão do INSS e/ou FGTS - infrigência ao artigo 47, inciso I, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e ao artigo 2º da Lei nº 9.012/95 c/c artigo 29 da Lei nº 8.666/93:

a) Contrato nº 52387, inexigibilidade de licitação - Processo nº 5325-2;

b) Terceiro Termo Aditivo ao Contrato nº 37229, inexigibilidade de licitação 14-0/2004;

c) Pagamentos relativos a patrocínios realizados em 2006;

d) Processo 027/2005 - CT 51.518 - SAFRA LEASING;

e) Processo 240-5/2006 - Cartas Reversais 006/06, 007/06 e 008/06 - ASBACE;

f) Processo 007/2005 - CT 50.141 - LF Rating;

g) Processo 5272-4/2006 - CT 54.179 - G-PLUS Informática;

1.1.6. Ausência de Publicação do Resultado da Licitação na modalidade Pregão - infrigência ao artigo 30 do Decreto nº 1.527-R/2005;

1.1.7. Descumprimento de Cláusula Editalícia - infrigência ao artigo 3º c/c os artigos 30, 41 e 45 da Lei nº 8.666/93:

a) Contrato nº 52511, Pregão nº 015/2006;

b) Contrato nº 50565, Edital de Concorrência Pública nº 009/2005.

1.1.8. Descumprimento de Cláusula Contratual:

a) Contrato nº 42668 - infrigência à Cláusula Segunda, §3º.

1.1.9. Pagamento sem cobertura contratual - infrigência ao artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93:

a) Contrato nº 42670, Pregão 018/2004 - Processo nº 4152-1;

b) Contrato nº 42671, Pregão 018/2004 - Processo 02/04;

c) Contrato nº 42668, Pregão 018/2004 - Processo 02/04;

d) Contrato nº 43019, Contratação Direta - Processo 453/04;

e) Contrato nº 44867, Pregão nº 069/04.

1.1.10. Pagamento sem cobertura contratual e acréscimos superiores ao estabelecido em lei e respectivos aditivos contratuais - infrigência ao artigo 60, parágrafo único, e artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93;

1.1.11. Ausência de publicação, justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínio por inexigibilidade - infrigência ao artigo 26, caput e incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal:

a) Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios;

b) Contrato de patrocínio VITÓRIA DO FUTURO, Processo 295/2006;

c) Contrato de patrocínio NEYMARA CARVALHO, Processo 295/2006.

1.1.12. Ausência de justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínios por inexigibilidade - infrigência ao artigo 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal:

a) Contrato de patrocínio - Processo 584-5/06, Contrato 50310;

b) Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES - Processo 134/2006.

1.1.13. Ausência de formalização contratual - infrigência ao artigo 60 c/c artigos 55 e 62, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93:

a) Pagamentos avulsos efetuados em decorrência da aprovação da concessão de patrocínios.

1.1.14. Realização de patrocínios em desconformidade com normativos internos- infrigência aos itens 1, 2 e 5 da Resolução nº 507/1999 do COLED e os itens 3, 3.5, 3.6 e 3.7 da "POLÍTICA DE PATROCÍNIO E DOAÇÕES DO BANESTES", criada pelo Voto DICOM 173/2004:

a) Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios descritos nos DOCs 32, 33, 33-A, 34 e 35;

b) Contrato de patrocínio - Processo 584-5/2006, Contrato 50310;

c) Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES - Processo nº 134/06.

1.1.15. Indicação da marca para aquisição de equipamentos de informática - infrigência ao §7º, do artigo 15, da Lei nº 8.666/93:

a) Pregão nº 032/2006, CT 54.179, G-PLUS.

1.1.16. Contratação de pessoal sem concurso público - infrigência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal:

a) Contrato 012/2005 - Conveniência de Cooperação Técnica S/N e aditivo nº 01.

1.1.17. Desvio do objeto do contrato - infrigência à cláusula segunda, que trata

do objeto do contrato:

a) Contrato 42663 - MP PUBLICIDADE LTDA. - Concorrência nº 001/2003.

1.1.18. Terceirização de atividade fim das instituições financeiras - infrigência à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Instrução Técnica nº 10/98 do TCEES;

O Em. Relator votou pelo provimento parcial do recurso afastando as irregularidades tratadas nos itens 1.1.1, 1.1.2 e 1.1.18, revendo, portanto, o ressarcimento. Porém manteve a penalidade de multa aplicada, de modo que passo a analisar item a item as irregularidades apuradas, as quais ensejaram o julgamento pela irregularidade das contas do exercício de 2006.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Item 1.1.1. Pagamentos indevidos referentes a reclamações trabalhistas extintas - infrigência a Cláusula Sétima, item II, dos Contratos da Área Trabalhista c/c o artigo 154, §2º, da Lei nº 6.404/76;

Conforme bem observou o Relator, assiste razão ao Recorrente neste item em particular, tendo em vista que os andamentos processuais colacionados comprovaram que as ações judiciais ainda estavam em andamento quando os pagamentos foram efetuados, o que afasta de plano a irregularidade.

Essa constatação constitui prova cabal de inexistência da irregularidade apontada, pelo que, concordando com o Relator, **afasto a irregularidade** e o conseqüente ressarcimento dela decorrente.

Item 1.1.2. Insuficiência de Provisão para ações judiciais em andamento contra o Banco - infrigência ao artigo 10 da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade nº 750/1993

Entendo que as justificativas colacionadas pelo Recorrente são suficientes para afastar a irregularidade, notadamente à vista das perspectivas que o Banco tinha de minimização do passivo trabalhista.

Destarte, acolho o posicionamento da área técnica e alinho-me ao voto do Em. Relator, **afastando a irregularidade** sob enfoque.

1.1.3. Falta de contabilização e de conciliação bancária das contas em moedas estrangeiras (conta DEME) - infrigência ao anexo II, item 9 da Circular nº 2.106 de 20/12/1991, do Banco Central do Brasil

Quanto ao presente tópico, em que pese as relevantes razões expendidas pelo Recorrente, a Área técnica manteve a irregularidade e foi acompanhada pelo Em. Relator.

A contabilização mencionada neste item está normatizada pela Resolução BACEN 2.106/1991 e as razões apresentadas pelo Recorrente são razoáveis, notadamente ao afirmar a existência de conta específica em que se registram todos os movimentos financeiros realizados no exterior, traduzindo a existência de controle sobre as operações.

Ademais, o fato de não ter sido cumprida integralmente a Resolução do Banco Central é falha formal que não implicou qualquer prejuízo para a instituição, tratando-se de irregularidade cuja natureza, a meu ver, não se caracteriza como grave.

Noto, inclusive, a inexistência de qualquer informação acerca de

possível penalização sofrida pela instituição, aplicada pelo Banco Central em decorrência da falha formal ora evidenciada.

Desse modo, entendo por bem **afastar a presente irregularidade**, a qual não deverá ter o condão de macular as contas do gestor no exercício ora em exame, encaminhando-lhe determinação para que observe as normas do Banco Central na contabilização e conciliação das contas em moedas estrangeiras.

1.1.4. Ausência do Termo de Conferência impresso devidamente autenticado das Disponibilidades em Moeda Estrangeira - infringência ao anexo II, item 8 da Circular nº 2.106/1991, do Banco Central do Brasil

Quanto ao item em questão, o Recorrente afirma que as conferências são executadas duas vezes por mês e que os Termos de Conferência são assinados e arquivados em sistema próprio.

Segundo o Recorrente, alguns espelhos de conciliação das contas de depósitos no exterior não foram encontrados, gerando a necessidade de restauração de dados, fato que não se observou nos exercícios subsequentes, notadamente à vista da reestruturação do GECAM (órgão responsável por esta atividade).

Trata-se de exigência normatizada igualmente pela Resolução BACEN 2.106/1991, constituindo falha formal que não implicou qualquer prejuízo para a instituição, ou seja, irregularidade cuja natureza, a meu ver, não se caracteriza como grave.

Da mesma forma que no subitem anterior, não consta dos autos qualquer informação acerca de possível penalização sofrida pela instituição, aplicada pelo Banco Central em decorrência da falha formal ora evidenciada.

Desse modo, entendo por bem **afastar a presente irregularidade**, a qual não deverá ter o condão de macular as contas do gestor no exercício ora em exame, encaminhando-lhe determinação para que observe as normas do Banco Central na conferência das disponibilidades em moeda estrangeira.

1.1.5. Ausência de Certidão do INSS e/ou FGTS - infringência ao artigo 47, inciso I, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 195, § 3º, da Constituição Federal e ao artigo 2º da Lei nº 9.012/95 c/c artigo 29 da Lei nº 8.666/93:

a) Contrato nº 52387, inexistência de licitação - Processo nº 5325-2;

b) Terceiro Termo Aditivo ao Contrato nº 37229, inexistência de licitação 14-0/2004;

c) Pagamentos relativos a patrocínios realizados em 2006;

d) Processo 027/2005 – CT 51.518 – SAFRA LEASING;

e) Processo 240-5/2006 – Cartas Reversais 006/06, 007/06 e 008/06 – ASBACE;

f) Processo 007/2005 – CT 50.141 – LF Rating;

g) Processo 5272-4/2006 – CT 54.179 – G-PLUS Informática;

O Recorrente reconhece que houve falhas na instrução dos processos e que, de fato, em uma ou outra oportunidade deixou de ser colacionada ao processo correspondente a certidão de regularidade com o INSS e/ou FGTS, constituindo-se, a seu ver, falha formal.

A Área Técnica rechaça essas alegações argumentando a violação de dispositivos legais e constitucionais que obrigam a verificação prévia de regularidade com INSS e FGTS previamente a contratações.

Acolho as razões apresentadas pelo Recorrente, reconhecendo tratar-se de irregularidade de natureza formal incapaz de macular as contas do gestor, apenas quanto às constatações que se referem a contratações e prorrogações de prazo em que não houve a prévia apresentação das certidões de regularidade fiscal.

Isso porque a exigência de regularidade fiscal **como pressuposto para a contratação**, além de ser uma obrigação vinculada à fase da habilitação, deve ser mantida durante todo o contrato, como expressamente estabelece o art. 55, inc. XIII, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Desse modo, a ausência de certidão atualizada do INSS e/ou FGTS impediria a contratação ou a continuidade do contrato, conforme o caso, mas não o pagamento por serviços já prestados.

A rigor, embora se mostre legítima a exigência de regularidade fiscal como condição para a habilitação em licitações e por consequência, para a contratação com o poder público, o mesmo não pode ser aplicado, à situação fiscal regular como pressuposto para a realização de pagamentos por serviços adequadamente prestados.

O Ministro Luiz Fux, à época no STJ, ao relatar o Recurso Especial nº 633432-MG, assentou o seguinte voto, aprovado pelo Colegiado: **ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que "a pessoa jurídica em débito com o

sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios", e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

Imperioso, também colacionar os ensinamentos do festejado Professor Marçal Justen Filho:

"Além das hipóteses do art. 78, existem outras, implicitamente previstas na Lei. Assim, deve-se dar aplicação ao disposto no art. 55, inc. XIII. Verificando-se, após a contratação, que o contratante não preencha ou não preenche mais os requisitos para ser habilitado, deverá promover-se a rescisão do contrato. A rescisão tanto pode fundar-se na descoberta de que o particular não detinha as condições necessárias como em que, após a contratação, deixou de preencher as exigências legais. Os requisitos de idoneidade devem estar presentes não apenas no momento anterior à contratação, mas têm de permanecer durante todo o período de execução do contrato. Rigorosamente, poderia ser caso de nulidade da licitação, vício que se estenderia ao contrato. Porém, podem supor-se situações em que teriam de ser aplicadas as regras da resolução, mormente quando existisse uma situação de fato consolidada. Imagine-se, assim, que a situação se configurasse relativamente a concessionário de serviço público. Aplicação rigorosa da teoria da nulidade produziria efeitos insuportáveis. Isso se passa, também e especialmente, no tocante à regularidade fiscal. Isso não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.

Destarte, **afasto a irregularidade** com relação aos pagamentos efetuados sem a prévia apresentação de certidão de regularidade com o INSS/FGTS.

Considero, ainda, como formal, a falha consubstanciada em celebração de contratos e prorrogações de prazo sem a prévia apresentação das certidões de regularidade fiscal, sendo esta incapaz de macular as contas do gestor no exercício sob análise, cabendo apenas determinações.

Item 1.1.6. Ausência de Publicação do Resultado da Licitação na modalidade Pregão – infringência ao artigo 30 do Decreto nº 1.527-R/2005

O Recorrente informa que era entendimento no BANESTES que em se tratando de pregão não haveria necessidade de publicação do resultado da licitação em imprensa oficial. Colaciona doutrina para balizar o seu entendimento.

Nesse caso, entendo que houve a irregularidade, pois o Decreto Estadual 1527-R/2005, que regulamenta o Pregão no âmbito Estadual, estabelece com clareza meridiana que o resultado dos certames devem ser publicados, em imprensa oficial e o comprovante colacionado aos autos:

"Art. 30. O processo licitatório será instruído com os seguintes documentos:

[...]

XII – documentos comprobatórios das publicações, a saber:

a) do aviso do edital;

b) do resultado da licitação;

c) do extrato do contrato; e

d) dos demais atos em que seja exigida a publicidade, conforme o caso."

Portanto, mostra-se equivocada a interpretação do Recorrente de que o resultado da licitação não deveria ser publicado em imprensa oficial, por se tratar de licitação promovida na modalidade de Pregão, ante as disposições da norma suso transcrita.

Entretanto, entendo que não seria atribuição do Presidente da instituição a conferência do estrito cumprimento das normas atinentes à publicação de atos administrativos.

Nesse caso, após a homologação do resultado do certame, o processo segue para a área de licitações, a qual deveria ser responsável pela verificação da regularidade processual, já que é especializada nessa matéria, em estrita observância do princípio da segregação das funções.

Vale mencionar o Parecer nº 0180/2004, exarado pela Audin/MPU, que ao abordar o Princípio da Segregação de Funções, cita Sílvio Aparecido Crepaldi, para quem o referido princípio é "o elemento mais importante de um sistema eficaz de controle interno."

O referido parecer ressalta ainda o entendimento de William Attie, de que "ninguém deve ter sob a sua inteira responsabilidade todas as fases inerentes a uma operação. Cada uma dessas fases deve, preferencialmente, ser executada por pessoas e setores independentes entre si."

Dessa forma, não há como responsabilizar o Diretor Presidente por essa falha cometida, notadamente por não se tratar de ato tão relevante que deveria passar necessariamente pelo crivo da Diretoria do BANESTES.

Nesse passo, infere-se que não cabia ao ora Recorrente realizar uma auditoria em todos os processos licitatórios, tendo em vista a grande quantidade de funções relevantes que este acumula. Ademais, ainda que observasse a inexistência de publicação, a interpretação equivocada sobre a legislação que rege a matéria dificultaria a percepção de que houve falha.

É proveitoso, para o deslinde da questão, citar o doutrinador João Carlos Macêdo Monteiro, ao dizer que:

"Ora, o administrador, até por uma questão de segurança, precisa confiar na instituição teleológica dos órgãos técnicos da estrutura interna da entidade por ele administrada. Sendo alguns atos de administração ativa produto de sucessivos atos intermediários e autônomos no procedimento administrativo, o fato de o administrador ter, sob o ponto de vista funcional, a competência para praticar o ato final, não deve implicar, necessariamente, em sua responsabilização."

Afasto, portanto, a irregularidade por entender que não era atribuição do Recorrente a publicação de atos administrativos como por exemplo, resultado de licitação.

Por outro lado, deixo de determinar o refazimento da matriz de responsabilidade no presente caso, por entender que a irregularidade em questão não é capaz de macular a presente prestação de contas, merecendo determinação à atual gestão do BANESTES, de forma que não volte a se repetir em exercícios futuros.

1.1.7. Descumprimento de Cláusula Editalícia – infringência ao artigo 3º c/c os artigos 30, 41 e 45 da Lei nº 8.666/93: Contrato nº 52511, Pregão nº 015/2006;

A irregularidade apurada pela área técnica diz respeito à inexistência de contrato firmado entre o prestador de serviço de assistência técnica e o fabricante do produto, para fins de utilização da garantia, conforme Anexo I do Edital de Pregão 015/2006.

Obviamente que a interpretação da cláusula editalícia feita pelo Recorrente não encontra qualquer respaldo. Contudo, a declaração apresentada pelo fabricante esclarece a questão.

Então, **afasto a presente irregularidade** tendo em vista que o documento apresentado com a defesa às fls. 382 é suficiente para comprovar que a empresa contratada pelo BANESTES era revendedora, autorizada a comercializar, prestar serviços de assistência técnica e suporte na linha de equipamentos do fabricante Sun Microsystems do Brasil Ltda.

b) Contrato nº 50565, Edital de Concorrência Pública nº 009/2005.

A irregularidade consiste na falta de complementação adequada da caução de garantia quando da prorrogação do prazo do contrato nº 50565.

Afirmou o gestor que assim que foi detectada a falha, o endosso da garantia com a suplementação do valor foi solicitado ao Contratado, requerendo seja a presente irregularidade considerada como um erro formal, ante a inexistência de prejuízo.

Constato que não se verificou no caso presente qualquer inadimplemento contratual por parte da empresa que ensejasse o acionamento da garantia contratual, de modo a causar dano ao erário.

Por outro lado, nas Prestações de Contas dos exercícios de 2007 (TC2149/2008) e 2008 (TC 2318/2009) não houve apontamentos quanto à repetição dessa irregularidade, mesmo com o contrato ainda em vigor e em valor relevante, o que é um indicativo de que, de fato, as providências de complementação da caução de garantia foram efetivamente adotadas pelo gestor.

Reconheço como irregularidade de natureza formal, sem constatação de qualquer prejuízo à Administração incapaz, portanto, de macular as contas da gestão, cabendo determinação para que

não se repita em exercícios posteriores.

1.1.8. Descumprimento de Cláusula Contratual: a) Contrato nº 42668 – infringência à Cláusula Segunda, §3º.

Trata-se de pagamento de faturas mensais, sem que conste do processo administrativo correspondente, as certidões de regularidade com o INSS e FGTS, conforme está previsto em cláusula contratual. Repito aqui os argumentos já expostos por mim em tópico anterior, para acolher as razões de justificativa apresentadas pelo Recorrente, com suporte em abalizada doutrina extraída da Revista ILC - Direitos Dos Licitantes E Contratados - 619/149/JUL/2006, editora Zênite:

*"Se por um lado a exigência de regularidade fiscal revela-se obrigatória para qualquer empresa habilitar-se em procedimentos licitatórios, por outro, a questão relacionada às **sanções administrativas** que, porventura, poderão ser aplicadas nas hipóteses de **situação fiscal irregular** – seja por estar inadimplente, seja por não estar com a certidão válida –, apresenta-se, no mínimo, como complexa, seja em decorrência da própria indeterminação do Direito – que, ao contrário da pretensão iluminista de resolver todos os problemas do mundo por meio da simples emanção de normas gerais e abstratas reguladoras de todas as situações concretas, revela-se como um problema real para o intérprete do Direito, seja em decorrência da multiplicidade de entendimentos, na maioria das vezes contraditórios, tomados pela Administração Pública, Poder Judiciário e Tribunal de Contas sobre o mesmo assunto.*

*Nesse diapasão, embora se afigure como legítima a exigência de regularidade fiscal como condição sine qua non para a habilitação em licitações, em decorrência de expressa previsão legal, o mesmo não pode ser aplicado, seja com que argumento for, à situação fiscal regular como pressuposto para a realização de pagamentos por serviços prestados. A retenção de pagamento da empresa que, comprovadamente, efetuou os serviços a que estava obrigada em decorrência de contrato administrativo revela-se como **abuso** de poder administrativo, sem qualquer amparo jurídico e impossível de ser defendido, seja por meio do entendimento administrativo tradicional do princípio da legalidade estrita, seja em decorrência da existência do princípio da juridicidade ou da noção de integridade jurídica, tributários de um entendimento mais adequado ao atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Ao contrário, é justamente fundamentando-se na legalidade estrita e, de uma forma constitucionalmente mais adequada, no princípio da juridicidade e da integridade, que se nega a possibilidade dessa retenção.*

Notas de Rodapé

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A inadimplência contratual da Administração Pública e suas consequências. *Boletim Legislativo ADCOAS*, n. 13, mai. 1993; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Contrato administrativo – Inadimplência do poder público. *Boletim de Direito Administrativo*, mai. 1990.

² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 81.

³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213-331."

Corolário lógico, portanto, é que a inexistência de regularidade com FGTS e INSS (que nem é o caso, porque a empresa estava regular, apenas faltando o documento comprobatório no processo correspondente), apenas traria consequências jurídicas para o momento da habilitação e da contratação, mas nunca para o momento do pagamento.

Destarte, não se constituindo sanção administrativa a suspensão do pagamento, não poderia, a Administração Pública abster-se de realizar os pagamentos pelos serviços prestados sob pena de violação de determinados direitos fundamentais. O que a lei autoriza é a possível rescisão contratual, mas nunca a exigência desproporcional de suspensão do pagamento e, ao mesmo tempo, a continuidade da prestação dos serviços, de modo a se impedir o enriquecimento sem causa da Administração.

Diante disso, acolho as razões de justificativa e **afasto a presente irregularidade**.

1.1.9. Pagamento sem cobertura contratual - infringência ao artigo 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93:

a) Contrato nº 42670, Pregão 018/2004 - Processo nº 4152-1;

b) Contrato nº 42671, Pregão 018/2004 – Processo 02/04;

c) Contrato nº 42668, Pregão 018/2004 – Processo 02/04;

d) Contrato nº 43019, Contratação Direta – Processo 453/04;

e) Contrato nº 44867, Pregão nº 069/04.

Para todos esses contratos houve pagamento em valor superior ao contratado, demonstrando certa desorganização da fiscalização contratual quanto à formalização dos termos aditivos. Entretanto, os valores correspondentes são mínimos em relação ao montante

contratado.

Ademais, como já exposto em tópico anterior que tratou da irregularidade do item 1.1.6, não é dado ao Diretor Presidente a obrigação de fazer uma auditoria em cada processo que lhe é submetido para autorização de pagamento, notadamente à vista do ateste regular do serviço pela Fiscalização, mormente se considerarmos que houve a confirmação pela área técnica de que os serviços foram efetivamente prestados.

Afasto, portanto, a irregularidade por entender que não era atribuição do Recorrente a verificação da conformidade do valor dos serviços atestados com a fonte de recursos contratual, ato já anteriormente praticado pela Fiscalização que submeteu o processo ao ordenador para o regular pagamento.

Por outro lado, deixo de determinar o refazimento da matriz de responsabilidade no presente caso, por entender que a irregularidade em questão não é capaz de macular a presente prestação de contas, uma vez que foi verificado pela Área Técnica que os serviços pagos foram efetivamente prestados pelos Contratados, cabendo determinação à atual gestão do BANESTES, de forma que não volte a se repetir em exercícios futuros.

1.1.10. Pagamento sem cobertura contratual e acréscimos superiores ao estabelecido em lei e respectivos aditivos contratuais - infringência ao artigo 60, parágrafo único, e artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93

De acordo com a Área Técnica houve o acréscimo de serviços superior aos 25% permitidos pela Lei de Licitações.

Verifico que o valor original do contrato era de R\$ 54.609,10 mensais, conforme licitado e contratado, fls. 881 dos autos. Assim, sendo os serviços de natureza contínua e em que pese os decréscimos e acréscimos implementados em vários momentos no contrato, em nenhum mês houve pagamento em montante superior ao que foi originalmente contratado, pois que o maior valor mensal pago apurado pela Área Técnica foi de R\$ 36.883,18 no mês de maio de 2006.

Diante disso e uma vez que foi verificado pela Área Técnica que os serviços pagos foram efetivamente prestados pelo Contratado, **afasto a irregularidade**, cabendo determinação à atual gestão do BANESTES, de forma que não volte a se repetir em exercícios futuros.

1.1.11. Ausência de publicação, justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínio por inexigibilidade - infringência ao artigo 26, caput e incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal:

a) Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios;

b) Contrato de patrocínio VITÓRIA DO FUTURO, Processo 295/2006;

c) Contrato de patrocínio NEYMARA CARVALHO, Processo 295/2006.

1.1.12. Ausência de justificativa de preço e razões de escolha na contratação de patrocínios por inexigibilidade - infringência ao artigo 26, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93 c/c artigo 70, caput, da Constituição Federal:

a) Contrato de patrocínio – Processo 584-5/06, Contrato 50310;

b) Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES – Processo 134/2006.

Analisarei essas duas irregularidades conjuntamente por tratarem de mesmo assunto – concessão de patrocínio.

Trata-se de patrocínio, concedido sem prévio processo licitatório, tendo o Recorrente alegado em sua defesa que o patrocínio é uma ferramenta de marketing necessária a uma instituição que concorre no mercado em igualdade de condições com a iniciativa privada.

Afirma que os patrocínios proporcionaram o reforço da marca BANESTES e permitiram uma ótima divulgação do Banco e de seus produtos e que havia certo critério para escolha em face do relacionamento do Banco com as prefeituras, além do apoio às iniciativas que visam ao desenvolvimento do Espírito Santo.

Salienta que a divulgação da marca BANESTES nos eventos por si só já gerou a publicidade e que a falta de publicação do extrato do contrato não invalida o patrocínio em si.

Pois bem.

O Plenário desta Corte de Contas já teve oportunidade de se manifestar recentemente sobre a concessão de patrocínio, conforme se depreende do Acórdão TC 215/2013, proferido no processo TC 3582/2007. Transcrevo o voto do Em. Relator, Conselheiro em Substituição Marco Antônio da Silva, que foi acompanhado pelo Colegiado:

"Verifico do relatório, de fls. 2188/2200, que se trata de patrocínio ao Movimento Empresarial do Espírito Santo para ampliação do projeto

"Espírito Santo 2025", tendo como contrapartida, exclusividade na publicidade do evento, no que se refere a saneamento básico, tendo a assessoria jurídica, entendido que havia necessidade de observância do disposto no artigo 26 da lei de licitações, quanto à justificativa do preço, **referente à escolha do patrocinado.**

In casu, no procedimento, os responsáveis não demonstraram o motivo que justificasse a exclusiva escolha do patrocinado, bem como a justificativa do preço, que logrou na **dispensa e inexigibilidade de licitação.**

Ocorre que, neste caso, entendo que não se aplica o art. 26 da Lei 8.666/93, **por não se tratar de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 24 e 25, nem de alienação de bens – art. 17, mas de patrocínio ao projeto "Espírito Santo 2025".**

Obviamente que o patrocínio não será realizado de qualquer maneira, deve observar padrões mínimos que assegurem priorização de projetos que sejam incentivados **por lei Federal ou Estadual, mantida a área de pertinência ao desenvolvimento institucional da CESAN.**

Até porque patrocínio: é o apoio financeiro concedido a projetos de responsabilidade de terceiros, que contribuam para promover a produção e a difusão do conhecimento, estimular o desenvolvimento e a consolidação do ensino e do exercício profissional, bem como consolidar o desenvolvimento institucional da entidade patrocinadora. Assim o patrocínio, no caso da CESAN, obedece a normas internas por ela traçadas, por se tratar de empresa pública, não sendo o caso de despesa passível de realização de licitação ou mesmo de dispensa ou inexigibilidade, posto que não se está a contratar serviços ou aquisição de bens, mas a conceder patrocínio, **razão pela qual afasto a presente irregularidade."**

Fundamentado no precedente recente desta Corte, acolho as razões do Recorrente e **afasto as irregularidades** relativas à concessão de patrocínio sem prévio procedimento licitatório, entendendo como regular a concessão dos patrocínios feitos pelo Banestes no exercício sob análise.

Quanto à publicação do extrato dos contratos de patrocínio, reitero os fundamentos já expendidos neste voto, quando da análise do item 1.6, já que não seria atribuição do Presidente da instituição a conferência do estrito cumprimento das normas atinentes à publicação de atos administrativos. **Afasto igualmente a irregularidade.**

1.1.13. Ausência de formalização contratual - infringência ao artigo 60 c/c artigos 55 e 62, caput e § 2º, da Lei nº 8.666/93:

a) Pagamentos avulsos efetuados em decorrência da aprovação da concessão de patrocínios.

1.1.14. Realização de patrocínios em desconformidade com normativos internos- infringência aos itens 1, 2 e 5 da Resolução nº 507/1999 do COLED e os itens 3, 3.5, 3.6 e 3.7 da "POLÍTICA DE PATROCÍNIO E DOAÇÕES DO BANESTES", criada pelo Voto DICOM 173/2004:

a) Pagamentos efetuados em decorrência de aprovação da concessão de patrocínios descritos nos DOCs 32, 33, 33-A, 34 e 35;

b) Contrato de patrocínio – Processo 584-5/2006, Contrato 50310;

c) Contrato de patrocínio MOVIMENTO EMPRESARIAL DO ES – Processo nº 134/06.

Analisarei esses dois itens conjuntamente por tratarem de mesmo assunto, qual seja a formalização dos atos administrativos de patrocínio.

Conforme se apurou e é incontroverso nos autos, nenhum dos contratos fiscalizados pela Auditoria foi reduzido a termo pelo BANESTES, ou seja, todos ocorreram de forma verbal, sem o preenchimento das formalidades exigidas pela legislação.

Afirma o Recorrente que o fato de ter que concorrer no mercado o faz tomar decisões com agilidade o que prejudica a formalização de contratos de patrocínio e que a exigência da auditoria deste Tribunal é de rigor excessivo. Colaciona doutrina jurídica para abalzar as suas justificativas.

Pois bem.

Em sua defesa o Recorrente revela desprezo pela forma escrita necessária à validação dos atos administrativos tais quais os contratos de patrocínio de que trata este item.

Percebo que os valores envolvidos são expressivos não só monetariamente, pois têm relação direta com a imagem do Banco perante a sociedade, já que o próprio objeto do contrato é a divulgação e a associação da marca BANESTES aos patrocinados.

Destarte, meu entendimento **vai de encontro** à tese de defesa do Recorrente, pois não é crível que instituições financeiras a exemplo do BANESTES possam arriscar associar a sua imagem (mediante

pagamento de quantias em dinheiro) sem exigir o mínimo de contrapartida com margem de segurança.

Na inexistência de contrato escrito, efetivamente não há regras. Não se pode fiscalizar adequadamente a execução do ajuste ou mesmo estabelecer as condições em que o ajuste vai funcionar. Não se tem a definição do que pode ser feito ou o que não pode; que tipo de exposição da marca o patrocínio proporcionará ou até mesmo que tipo de exposição não é admitida pela instituição.

Entendo que tal postura da gestão expôs o Banco a riscos desnecessários, que felizmente não se concretizaram, já que não se tem notícia da ocorrência de prejuízos decorrentes dos patrocínios ora sob análise. É apenas por esse motivo que entendo **mitigada a irregularidade**.

Desse modo, entendo que laborou em equívoco o Recorrente ao permitir que a instituição associasse seu nome a personalidade e projetos, a título de patrocínio, sem a prévia formalização de contrato, onde estivessem dispostas as regras e condições do ajuste, tendo em vista os riscos a que expôs a instituição que geria.

Concluo, contudo, que tal **irregularidade**, por não ter implicado prejuízo ao BANESTES, **deve ser relevada**, não tendo o condão de macular as contas do exercício.

Por outro lado, deve ser encaminhada determinação ao BANESTES para que os contratos de patrocínio sejam precedidos de instrumento de contrato, observando-se as disposições dos arts. 60 e seguintes da Lei 8666/93.

Quanto à violação de normativos internos, a auditoria afirma que os pagamentos dos patrocínios não foram precedidos de parecer do Comitê de Patrocínios e também não foi seguido o calendário e orçamento de eventos aprovado, além de ter aumentado a quantidade de patrocínios entre os anos de 2005 e 2006.

O gestor alega que o Comitê tem natureza meramente consultiva e que seu opinamento não vincula ou obriga a Diretoria do Banestes em acatar ou decidir conforme sugerido.

Ocorre que a irregularidade apontada é de ausência de parecer e não de decisão em desconformidade com o parecer do Comitê. Entretanto, entendo que se trata de **irregularidade de natureza formal**, cabendo determinação ao gestor para que todos os patrocínios apreciados sejam precedidos de parecer do Comitê, tal qual prevê o normativo interno do BANESTES, enquanto tal Resolução 507/1999 do COLED estiver vigente.

1.1.15. Indicação da marca para aquisição de equipamentos de informática – infringência ao §7º, do artigo 15, da Lei nº 8.666/93:

a) Pregão nº 032/2006, CT 54.179, G-PLUS.

De acordo com a área técnica, ao relacionar os processadores que deveriam constar dos equipamentos de informática, o BANESTES feriu a lei, já que se trata de explícita escolha de marca.

O gestor alega em sua defesa que a escolha dos processadores não restringiu a competição, pois houve a participação de três licitantes no Pregão em destaque, sendo certo que a predefinição dos processadores que deveriam ser empregados nos equipamentos de informática garantiria maior segurança e satisfação na utilização dos equipamentos.

Entendo que é plenamente justificável a postura do gestor que busca o melhor para a instituição que gerencia. As justificativas apresentadas são razoáveis e demonstram que houve a competição entre licitantes, tanto que três empresas participaram da licitação. Ademais, a escolha de processadores para equipamentos de informática era e ainda é situação corriqueira que não restringe a competição, vez que os fabricantes de equipamentos podem utilizar (e de fato utilizam) esses processadores mais potentes, não sendo privilégio ou exclusividade de um ou outro fabricante.

Na forma do exposto, **afasto a irregularidade**.

1.1.16. Contratação de pessoal sem concurso público - infringência ao artigo 37, inciso II, da Constituição Federal:

a) Contrato 012/2005 – Conveniência de Cooperação Técnica S/N e aditivo nº 01.

1.1.18. Terceirização de atividade fim das instituições financeiras – infringência à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e Instrução Técnica nº 10/98 do TCEES;

Esses dois itens serão apreciados conjuntamente por serem idênticos.

Trata-se da terceirização dos serviços de compensação e custódia de cheques e outros papéis. A área técnica fundamenta a conclusão pela irregularidade dessa terceirização, colacionando doutrina e jurisprudência sobre o assunto.

O gestor cinge-se a afirmar em sua defesa que relativamente ao exercício de 2005 este Tribunal, acompanhando parecer do Ministério Público de Contas, julgou regular com ressalva as contas, mesmo com o apontamento dessa mesma irregularidade. Trata-se

do acórdão 421/2011, publicado em 17/11/2011 no Diário Oficial, proferido nos autos do processo TC 1064/2006.

Quanto à questão da terceirização dos serviços de compensação e custódia de cheques e outros papéis, convém destacar o posicionamento reiterado os Tribunais Especializados sobre a matéria, conforme bem se vê do acórdão proferido pelo TST, cujos trechos transcrevo:

"[...]

*Entendo que, à luz do quadro fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, a atividade terceirizada constitui atividade-fim da Empresa tomadora. Com efeito, **PARECE-ME QUE O SERVIÇO DE COMPENSAÇÃO BANCÁRIA COMPÕE O NÚCLEO DE ATIVIDADES TIPICAMENTE BANCÁRIAS, POR SE CUIDAR DE UM CONJUNTO DE OPERAÇÕES QUE, INDISCUTIVELMENTE, INTEGRAM AS ATRIBUIÇÕES INTRÍNSECAS DOS BANCOS.** Induidoso, assim, que a compensação de cheques consiste em atividade tipicamente bancária, tanto que depende de autorização do BACEN para a sua execução. [...]"*

(Processo: RR - 330004-12.1996.5.17.5555 Data de Julgamento: 30/06/2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 15/08/2008.)

GRIFEI

Diante do claro posicionamento do TST reiterado em diversos processos não só envolvendo o BANESTES, mas diversas outras instituições bancárias, o corolário lógico é por **considerar irregular a terceirização** sob análise.

Entretanto, de fato, este Tribunal analisando as contas de exercício anterior 2005, afastou a irregularidade julgando as contas regulares com ressalva, conforme se depreende do acórdão TC 421/2011.

Assim, aplicando a modulação dos efeitos das decisões deste Tribunal e, considerando que boa parte das demandas judiciais que tratam da terceirização desses serviços apenas começaram a ser decididas pelos Tribunais Superiores a partir de 2006, entendo por bem **mitigar os efeitos da irregularidade ora apontada, relevando-a para fins de julgamento das contas** relativas a este exercício, encaminhando determinação ao BANESTES para que se abstenha de terceirizar serviços inerentes à sua atividade-fim.

1.1.17. Desvio do objeto do contrato - infringência à cláusula segunda, que trata do objeto do contrato:

a) Contrato 42663 - MP PUBLICIDADE LTDA. - Concorrência nº 001/2003.

Conforme apurou a área técnica, houve a inclusão de serviços que não estavam contemplados no objeto do contrato 42663 - firmado com a empresa MP PUBLICIDADE LTDA. - Concorrência nº 001/2003, sob os registros de que os serviços foram efetivamente prestados e pagos, não ensejando o ressarcimento.

O gestor alega que ante a inexistência de prejuízo, ainda que persista a irregularidade, é caso de julgamento pela regularidade com ressalvas.

Frise-se que não se verificou nos autos evidências de locupletamento, de má-fé ou de desvio de finalidade dos recursos empregados neste contrato. O desvio de finalidade caracteriza-se tanto no ato administrativo que não atende ao interesse público, como nos casos em que, mesmo o atendendo, não observa a finalidade da lei que o autoriza.

De acordo com a doutrina, o desvio de objeto se caracteriza pela execução de objeto diverso do estabelecido no contrato, mas dentro da mesma área de atuação governamental:

"O desvio de objeto se encontra caracterizado quando o conveniente executa ações outras que não aquelas previstas no termo de convênio, respeitando, contudo, a área para a qual os recursos se destinavam. Assim, por exemplo, ao invés de construir uma nova escola (previsto no termo de convênio), o gestor realiza a reforma de uma outra, já existente. Ainda no campo dos exemplos, ao invés de o gestor asfaltar a rua indicada no convênio, asfalta outra".

Segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o desvio de objeto não implica dano ao erário, conforme o acórdão abaixo:

6. Em regra, nos casos em que se configura desvio de objeto em benefício da comunidade, o Tribunal vem consolidando seu entendimento no sentido de considerar tal prática como falha formal, afastar a ocorrência de débito e, em consequência, julgar as contas dos responsáveis regulares com ressalvas (v.g. Acórdão 360/2009-2ª Câmara).

Desta feita, entendo que a hipótese sob análise é falha formal, que deverá ser relevada para fins de apreciação das contas do gestor.

III - DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APECIAÇÃO DAS CONTAS

Ratifico o meu entendimento de que as consequências e restrições impostas ao agente público, seja na seara política, na vida funcional

ou mesmo na preservação de sua honra, em face de julgamento pela irregularidade de contas, implicam a necessidade de que a atuação judicante seja exercida com cautela absoluta, tendo alicerce na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Em minhas atuações neste Plenário, tenho incansavelmente buscado, um ângulo que me permita ter uma visão do **TODO** (dados gerais da instituição) para analisar com maior precisão a **PARTE** (irregularidades encontradas). Quando só enxergo a parte sem o todo, ou o todo sem a parte, concluo ser hora novamente de esquadrihar os autos.

Passo, então, a fazer uma breve análise do TODO extraíndo dados do Relatório de Gestão do BANESTES S/A referente ao ano de 2006 colacionado às fls. 03/12 do processo apenso TC 1242/2007, conforme segue:

(...)

"O retorno sobre o patrimônio líquido representa a rentabilidade para os acionistas do capital investido na empresa. No Banestes esse indicador foi apurado pelo lucro líquido do exercício em referência em relação ao patrimônio líquido de 31 de dezembro do exercício anterior.

A rentabilidade obtida pelo banco em 2006 foi de 65,61%, enquanto que a registrada em 31/12/2002 foi deficitária em 36,99%:

2002 - (36,99%)

2003 - 56,57%

2004 - 48,04%

2005 - 63,60%

2006 - 65,51%"

(...)

"O lucro líquido consolidado de 2006 foi de R\$ 133,83 milhões, evoluindo 74,46% em relação ao resultado de R\$ 76,71 milhões alcançado em 2005. O lucro acumulado no período 2003 a 2006 foi de R\$ 284,02 milhões, sendo que em 2002 o Banco havia apresentado prejuízo de R\$ 34,60 milhões.

2002 - (34,582)

2003 - 32,059

2004 - 41,420

2005 - 76,705

2006 - 133,831"

(...)

"O Banestes vem evoluindo significativamente o seu patrimônio líquido. O montante de R\$ 323,31 milhões registrado em 2006 variou positivamente em 58,50% comparado aos valores de 2005 e 470,46% em relação ao exercício de 2002.

2002 - 56.675

2003 - 86.227

2004 - 120.599

2005 - 203.983

2006 - 323.307"

(...)

O Banestes, mesmo tendo atuação regionalizada, foi reconhecido por diversas publicações especializadas na avaliação de desempenho das instituições financeiras:

1º banco em rentabilidade e crescimento do patrimônio líquido entre os bancos públicos - revista Conjuntura Econômica IBRE/FGV;

3º melhor banco de varejo do país - Jornal Gazeta Mercantil;

4º melhor banco em rentabilidade e crescimento do patrimônio líquido - Revista Conjuntura Econômica IBRE/FGV;

5º melhor banco em rentabilidade sobre o patrimônio líquido - Revista Valor Financeiro;

18º banco em volume total de depósitos - revista Análise Valor Financeiro;

19º banco em concessão de financiamentos rurais - FGV;

30º banco em volume total de ativos - Revista Valor Financeiro;

2º banco em gestão financeira do país - Revista As Melhores da Dinheiro/ Isto é Dinheiro;

1º lugar entre as instituições de crédito, seguro e capitalização no Espírito Santo - Revista 200 maiores Empresas do ES - IEL-ES;

1º lugar no prêmio Marketing Best 2006 - FGV/ EAESP;

6º lugar na lista das 20 Melhores Empresas na Bolsa de Valores/Bovespa - Revista As Melhores da Dinheiro/ Isto é Dinheiro.

Resta claro, portanto, que a estratégia de crescimento adotada pela diretoria do banco demonstrou solidez e produziu resultados inquestionáveis, mesmo diante de um mercado altamente especializado e competitivo.

Segundo o estudo **"Concentração, Concorrência e Rentabilidade no Setor Bancário Brasileiro: Uma Visão Atualizada"** elaborado pela Tendências Consultoria Integrada para a FEBRABAN - Federação Brasileira de Bancos, um dos desdobramentos da recente crise financeira mundial foi uma elevação nos padrões de concentração do setor bancário no País. Diferentes fatores levaram a este aumento

na concentração bancária, dentre as quais:

Fusões e aquisições de grandes grupos bancários com destaque para ABN Real e Santander; Itaú e Unibanco; Banco do Brasil e Nossa Caixa;

Problemas de liquidez enfrentados por bancos pequenos e médios que precisaram se recapitalizar através da venda de carteiras de crédito (para bancos maiores ou para o FGC);

Política ativa dos bancos públicos como mecanismo anticíclico.

Os resultados sugerem que, apesar de um pequeno aumento no poder de mercado dos bancos brasileiros no período recente, permanece bastante elevado o grau de concorrência na indústria bancária do País.

Os diferentes índices de concentração concordam entre si em duas dimensões: primeiro, que uma queda no número de firmas aumenta a concentração no mercado; e, segundo, que um aumento na dispersão de tamanho entre as firmas do mercado também aumenta a concentração.

Ainda segundo o mesmo estudo, há uma tendência predominante de redução na concorrência, que se explicaria pelo aumento na escala dos bancos, em função de fusões e aquisições, bem como ao aumento de custos fixos em razão da tecnologia de informação. Todos esses fatores relativos à agressiva concorrência do mercado bancário brasileiro, a meu ver, **exigem dos dirigentes do Banestes elevada concentração nas questões estratégicas do banco, sobretudo, as que se referem à lucratividade e rentabilidade. É fundamental a compreensão de que o ponto de partida para existência de um banco comercial, mesmo público, é a sua capacidade de dar lucro, não obstante a sua imprescindível função social.**

No meu entender, o papel central da diretoria de um banco público é se dedicar à macrogestão e as questões estratégicas da instituição. Sobre este tema enfatizo algumas lições do mundialmente reconhecido mestre da competição Michael E. Porter, professor da Harvard Business School:

(...)

"As organizações de hoje, em todas as esferas, devem competir para criar valor. Valor é a capacidade de atender ou de superar as necessidades dos clientes, de maneira eficiente."

(...)

Porter destaca ainda o papel central dos dirigentes das empresas num mercado competitivo:

(...)

"Em essência, o trabalho do estrategista consiste em compreender e enfrentar a competição. Onde a competição pelo lucro vai além dos adversários tradicionais, que atuam no mesmo setor, para também incluir outras quatro forças competitivas: clientes, fornecedores, entrantes potenciais e produtos substitutos."

(...)

"A intensidade destas forças competitivas afeta os preços, os custos e os investimentos necessários para competir; portanto, as forças competitivas influenciam diretamente as demonstrações do resultado e os balanços patrimoniais dos participantes do setor."

(...)

"Em um mundo de competição mais aberta e de mudanças implacáveis, a abordagem estrutural à competição é mais importante que nunca."

(...)

Nesse contexto surge o papel do líder, muito mais amplo e importante. É mais do que a simples administração de funções individuais. O seu cerne é a estratégia. Embora seja responsável pelo sucesso das operações, ele já não pode envolver-se pessoalmente em todas as decisões necessárias para dirigir uma organização grande e complexa. Ele precisa gerenciar o contexto organizacional em vez de concentrar-se nas operações do dia-a-dia.

Para Peter F. Drucker, **"A contínua responsabilidade do gestor de uma empresa é empenhar-se para obter os melhores resultados econômicos dos recursos empregados ou disponíveis no momento.**

Todo o resto que se pode esperar dos administradores, ou que estes almejam, converge para o excelente desempenho econômico e resultados rentáveis para os anos seguintes."

Dessa forma, concluo que a diretoria do Banestes manteve o foco na macrogestão, orientou, estrategicamente, as ferramentas e as técnicas disponíveis visando o alcance de um bom desempenho econômico atual e futuro.

Exsurge, portanto, o seguinte questionamento: É proporcional e razoável impor ao Requerido às restrições e consequências decorrentes da confirmação da irregularidade das contas proposta pelo Em. Relator, **mesmo tendo o gestor produzido os resultados acima evidenciados?**

Penso que não.

Da análise detida dos autos pude verificar: (i) a confirmação de irregularidades que não causaram danos ao erário; (ii) que tais irregularidades não decorreram de má-fé ou desonestidade do Requerente; (iii) que o caráter formal das irregularidades são suscetíveis de correção, portanto são elas sanáveis; (iv) que há fragilidade na caracterização do nexo de causalidade das irregularidades identificadas com a atuação do agente; e (v) que não houve à época da instrução processual o chamamento dos demais agentes possivelmente responsáveis pelos atos apontados como irregulares. Assim sendo, torna-se inarredável a aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade neste julgamento.

A **ideia de proporção** é recorrente na Ciência do Direito. Na Teoria Geral fala-se em proporção como elemento da própria concepção imemorial de Direito, que **tem a função de atribuir a cada um a sua proporção**.

Ademais, o debate sobre o que é proporcional não surge do pensamento contemporâneo, pelo contrário, nos leva à antiguidade. Citando Aristóteles, "O que é o justo? O proporcional. E o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom." Por outro prisma, o conceito de **razoabilidade**, defendido pelo doutrinador José dos Santos Carvalho Filho é aquele onde "**razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é razoável para uns pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade**".

Nesse contexto, portanto, entendo que as irregularidades apontadas não foram capazes de comprometer o resultado global da gestão no exercício de 2006, salientando-se que também não resultaram em dano ao erário, de modo que entendo razoável o julgamento pela **regularidade com ressalva**, encaminhando-se determinações ao gestor atual para que as falhas apontadas sejam evitadas em exercícios futuros.

IV - CONCLUSÃO

Em face do exposto, divergindo do entendimento da Área Técnica, do Ministério Público Especial de Contas e do Em. Relator, **VOTO** para que o Colegiado adote a seguinte decisão:

Conhecer do Recurso de Reconsideração interposto para, no mérito, julgá-lo parcialmente procedente, reformulando integralmente o acórdão 332/2011, para que sejam julgadas **REGULARES COM RESSALVAS** as contas relativas ao exercício de 2006, sob a responsabilidade do Sr. **Roberto da Cunha Penedo**, nos termos do art. 84, inciso II da Lei Complementar 621/2012, **dando quitação ao responsável**, nos termos do art. 86 do mesmo diploma legal.

Estender os efeitos desta decisão aos Srs. **Paulo Roberto Mendonça França, Ranieri Feres Doellinger, Otacílio Pedrinha de Azevedo, José Márcio Soares de Barros**, com base nas disposições do art. 158 da Lei Complementar nº 621/2012, devendo a Secretaria Geral das Sessões providenciar a transcrição da decisão para os autos dos recursos de reconsideração interpostos por cada um dos gestores mencionados, quais sejam:

Encaminhar à atual gestão do BANESTES as seguintes determinações, as quais devem ser objeto de monitoramento por parte da Secretaria Geral de Controle Externo, nos termos do art. 194 e seguintes do Regimento Interno desta Corte:

Que observe as normas do Banco Central na contabilização e conciliação das contas em moedas estrangeiras e na conferência das disponibilidades em moeda estrangeira;

Que previamente à celebração de contratos e prorrogações de prazo, instrua o processo correspondente com a comprovação de regularidade fiscal do contratado;

Que providencie a Publicação do Resultado de Licitação na modalidade Pregão em imprensa oficial, em atendimento ao art. 30 do Decreto nº 1.527-R/2005 e também dos extratos de contratos e instrumento afins firmados;

Que em todas as alterações contratuais observe as disposições do art. 56 da Lei de Licitações, no tocante à adequação da caução de garantia às novas condições contratuais;

Que se abstenha de autorizar pagamentos sem a respectiva cobertura contratual, nos casos que couber;

que os contratos de patrocínio sejam precedidos de instrumento de contrato, observando-se as disposições dos arts. 60 e seguintes da Lei 8666/93;

que todos os patrocínios apreciados sejam precedidos de parecer do Comitê, tal qual prevê o normativo interno do BANESTES, enquanto tal Resolução 507/1999 do COLED estiver vigente;

que se abstenha de terceirizar serviços inerentes à sua atividade-fim;

Dê-se ciência aos interessados e, após o trânsito em julgado, archive-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-7250/2011, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e quatro de junho de dois mil e catorze, por maioria, nos termos do voto vencedor do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun:

1. Conhecer o presente Recurso de Reconsideração;

2. Dar parcial provimento ao Recurso de Reconsideração, reformulando integralmente os termos do Acórdão TC-332/2011, para que sejam julgadas **regulares com ressalvas** as contas relativas ao exercício de 2006, sob a responsabilidade do Sr. Roberto da Cunha Penedo, nos termos do art. 84, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, e dar quitação ao responsável, nos termos do art. 86 do mesmo diploma legal;

3. Estender os efeitos desta decisão aos Srs. **Paulo Roberto Mendonça França, Ranieri Feres Doellinger, Otacílio Pedrinha de Azevedo, José Márcio Soares de Barros**, com base nas disposições do art. 158 da Lei Complementar nº 621/2012, devendo a Secretaria Geral das Sessões providenciar a transcrição da decisão para os autos dos recursos de reconsideração interpostos por cada um dos gestores mencionados;

4. Determinar à atual gestão do BANESTES os seguintes itens, que devem ser objeto de monitoramento por parte da Secretaria Geral de Controle Externo, nos termos do art. 194 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal:

4.1 Que observe as normas do Banco Central na contabilização e conciliação das contas em moedas estrangeiras e na conferência das disponibilidades em moeda estrangeira;

4.2 Que previamente à celebração de contratos e prorrogações de prazo, instrua o processo correspondente com a comprovação de regularidade fiscal do contratado;

4.3 Que providencie a Publicação do Resultado de Licitação na modalidade Pregão em imprensa oficial, em atendimento ao art. 30 do Decreto nº 1.527-R/2005 e também dos extratos de contratos e instrumento afins firmados;

4.4 Que em todas as alterações contratuais observe as disposições do art. 56 da Lei de Licitações, no tocante à adequação da caução de garantia às novas condições contratuais;

4.5 Que se abstenha de autorizar pagamentos sem a respectiva cobertura contratual, nos casos que couber;

4.6 Que os contratos de patrocínio sejam precedidos de instrumento de contrato, observando-se as disposições dos arts. 60 e seguintes da Lei 8666/93;

4.7 Que todos os patrocínios apreciados sejam precedidos de parecer do Comitê, tal qual prevê o normativo interno do BANESTES, enquanto tal Resolução 507/1999 do COLED estiver vigente;

4.8 Que se abstenha de terceirizar serviços inerentes à sua atividade-fim;

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

Parcialmente vencido o então Relator Conselheiro em substituição Eduardo Perez, que votou por conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, excluindo tão somente as irregularidades consubstanciadas nos itens 1.1.1, 1.1.2 e 1.1.18 do Acórdão TC-332/2011.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da deliberação os Srs. Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sérgio Manoel Nader Borges, Relator nos termos do artigo 86, § 2º, do Regimento Interno, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 24 de junho de 2014.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-504/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-9017/2013

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO - EXERCÍCIO DE 2013

RESPONSÁVEIS - LUCIANO DE PAIVA ALVES E RONILDO HILÁRIO GOMES

REPRESENTANTE - AUGUSTO CONSTRUTORA LTDA

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 003/2013 - PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM - 1) EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - 2) DETERMINAÇÕES - 4) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES: I- RELATÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO

Tratam os presentes autos de representação com pedido de cautelar inaudita altera parte apresentada por Augusto Construtora Ltda. – EPP, alegando grave ilegalidade contida no Edital de Concorrência nº 003/2013, cujo objeto é a contratação de empresa para reforma e ampliação da Secretaria Municipal de Transportes do Município de Itapemirim.

Instado a se manifestar o Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO, procedeu à Manifestação Técnica Preliminar nº 569/2013 (fls. 121/134), opinando pela suspensão do procedimento licitatório, e caso já tivesse ocorrido a celebração do contrato, a suspensão de sua execução, bem como dos pagamentos dele decorrentes, tendo em vista a presença de irregularidades no certame licitatório.

O Núcleo de Cautelares, também visualizando a presença de irregularidades, por meio da Manifestação Técnica Preliminar 579/2013 (fls. 136/142), opinou pela suspensão do procedimento licitatório e do contrato, caso já assinado.

O Ministério Público de Contas do Estado do Espírito Santo, conforme se verifica às fls. 145/155, acompanhando a área técnica, pugnou pela concessão de medida cautelar inaudita altera parte.

Por meio da Decisão Monocrática Preliminar DECM 1069/2013 (fls. 157/158), o Conselheiro Relator concedeu a medida cautelar, determinando a imediata suspensão do procedimento licitatório relativo à Concorrência Pública nº 003/2013, caso ainda em curso, abstendo-se de homologá-lo, adjudicar o objeto ou celebrar o contrato dele decorrente, a sustação do contrato caso já celebrado, bem como a emissão de ordem de serviço e a realização de qualquer pagamento, contratação ou execução. Determinou ainda a divulgação das medidas adotadas pelos mesmos veículos de comunicação utilizados para dar publicidade ao certame, e o fornecimento de cópia integral do procedimento licitatório.

Às fls. 159 e 162 constam os termos de notificação expedidos.

À fl. 168 dos autos consta o ofício Of./PGM nº 004/2014, encaminhado pelo Procurador Geral do Município de Itapemirim/ES, encaminhando cópia da publicação do cancelamento nº 003/2013 e 005/2013, cópia essa que se encontra à fl. 169.

Após voto do Conselheiro Relator (fls. 221/223) pela ratificação do deferimento da medida cautelar constante da Decisão Monocrática Preliminar DECM 1069/2013, o Plenário desta Egrégia Corte proferiu a Decisão TC-0007/2014 (fls. 224/225), ratificando a medida deferida.

Às fls. 228/229 dos autos consta solicitação de juntada aos autos de instrumento procuratório, no intuito de cumprir a Decisão Monocrática Preliminar DECM 1069/2013.

Ato contínuo, foram os autos encaminhados ao Núcleo de Cautelares para a elaboração de Instrução Técnica Conclusiva, o que foi feito por meio da ITC 1222/2014, às fls. 234/240.

Analisando os fatos o Núcleo de Cautelares ressaltou:

Na presente situação, temos a comprovação nos autos de que a Concorrência Pública nº 003/2013 foi cancelada, conforme cópia de publicação do D.O.E datado de 13 de janeiro de 2014. Com isso, o edital que continha as supostas irregularidades não mais existe no mundo do Direito, não tendo qualquer potencialidade lesiva ao erário ou a direito alheio.

Por fim, após minuciosa análise, a mesma unidade técnica acaba por concluir nos seguintes termos:

Diante de todo o exposto, conclui-se opinando por:

1) considerar prejudicada a análise do mérito da representação, considerando o a extinção do certame licitatório.

2) extinguir o processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, aplicando-o subsidiariamente, na forma do art. 70 da Lei Complementar nº 621/2012, com o consequente arquivamento destes autos;

3) determinar ao atual Prefeito do Município de Itapemirim que caso proceda à novo certame licitatório de mesmo objeto:

a) Exclua a exigência de participação em visita técnica conjunta;

b) Suprima as exigências relativas à capacidade técnico-operacional;

c) Exclua a exigência relativa à comprovação de disponibilidade de usina de asfalto, que consta no Termo de Referência (Anexo I do edital).

d) Respeite o artigo 31, § 2º da Lei n. 8.666/93, que veda a cumulação de garantia de proposta com exigência de comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

e) Caso se exija a garantia de proposta, nos termos da Lei n. 8.666/93, abstenha-se de exigir sua comprovação antes da data prevista para a entrega dos documentos de habilitação e da proposta de preços.

f) Não inclua no edital de licitação exigência de habilitação que não encontre previsão na Lei n. 8.666/93, como a certidão de protesto de títulos e documentos.

Sugerimos ainda seja dada ciência ao representante e representado acerca da decisão a ser proferida.

Em sequência ao trâmite regimental, foram encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas que se manifestou, por meio do parecer PPJC 1741/2014, às fls. 244/245:

O Ministério Público de Contas, por meio da 3ª Procuradoria Especial de Contas, no exercício de suas atribuições institucionais, com fundamento no inciso II do art. 55 da Lei Complementar Estadual n.º 621/2012 e no inciso II do artigo 3º da Lei Complementar Estadual n.º 451/2008, considerando a Representação (fl. 1 a 118); considerando a Manifestação Técnica Preliminar MTP 569/2013 (fls. 121 a 134); considerando a Manifestação Técnica Preliminar MTP 579/2013 (fls. 136 a 142); considerando a Manifestação do Ministério Público de Contas MMPC 5026/2013 (fls. 145 a 155); considerando a Decisão Monocrática Preliminar DECM 1069/2013 (fl. 157 E 158); considerando a Decisão TC 07/2014 (fl. 224 e 225); considerando as justificativas apresentadas (fls. 228 e 229); e, por derradeiro, considerando a Instrução Técnica Conclusiva ITC 1222/2014 (fls. 234 a 240), elaborada pelo Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, pugna, ante a completude revelada na análise meritória conclusiva e, com o fito de evitarem-se repetições desnecessárias, pelo julgamento do presente feito nos moldes preconizados pela Instrução Técnica Conclusiva ITC 1222/2014, anuindo-se aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na referida peça técnica, que nestes termos se pronunciou:

3 - CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se opinando por:

1) considerar prejudicada a análise do mérito da representação, considerando o a extinção do certame licitatório.

2) extinguir o processo sem julgamento de mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, aplicando-o subsidiariamente, na forma do art. 70 da Lei Complementar nº 621/2012, com o consequente arquivamento destes autos;

3) determinar ao atual Prefeito do Município de Itapemirim que caso proceda à novo certame licitatório de mesmo objeto:

a) Exclua a exigência de participação em visita técnica conjunta;

b) Suprima as exigências relativas à capacidade técnico-operacional;

c) Exclua a exigência relativa à comprovação de disponibilidade de usina de asfalto, que consta no Termo de Referência (Anexo I do edital).

d) Respeite o artigo 31, § 2º da Lei n. 8.666/93, que veda a cumulação de garantia de proposta com exigência de comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

e) Caso se exija a garantia de proposta, nos termos da Lei n. 8.666/93, abstenha-se de exigir sua comprovação antes da data prevista para a entrega dos documentos de habilitação e da proposta de preços.

f) Não inclua no edital de licitação exigência de habilitação que não encontre previsão na Lei n. 8.666/93, como a certidão de protesto de títulos e documentos.

III- DECISÃO

Por todo o exposto, e por comungar com o entendimento esposado pela área técnica e pelo Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** nos seguintes termos:

1) por **CONSIDERAR PREJUDICADA** a análise do mérito da representação, considerando o a extinção do certame licitatório;

2) por **EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO**, na forma do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, aplicando-o subsidiariamente, na forma do art. 70 da Lei Complementar nº 621/2012, com o consequente **ARQUIVAMENTO**

destes autos;

3) por **DETERMINAR** ao atual Prefeito do Município de Itapemirim que caso proceda a novo certame licitatório de mesmo objeto:

- a) Exclua a exigência de participação em visita técnica conjunta;
- b) Suprima as exigências relativas à capacidade técnico-operacional;
- c) Exclua a exigência relativa à comprovação de disponibilidade de usina de asfalto, que consta no Termo de Referência (Anexo I do edital);
- d) Respeite o artigo 31, § 2º da Lei n. 8.666/93, que veda a cumulação de garantia de proposta com exigência de comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo;
- e) Caso se exija a garantia de proposta, nos termos da Lei n. 8.666/93, abstenha-se de exigir sua comprovação antes da data prevista para a entrega dos documentos de habilitação e da proposta de preços;
- f) Não inclua no edital de licitação exigência de habilitação que não encontre previsão na Lei n. 8.666/93, como a certidão de protesto de títulos e documentos;

4) por **CIENTIFICAR** o Representante do teor da decisão final a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Res. TC 261/2013 (Reg. Interno).

Posteriormente à confecção do acórdão deste julgamento, remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012.

Após certificado o trânsito em julgado administrativo, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-9017/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia quinze de julho de dois mil e quatorze, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

1. Extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, subsidiariamente, e art. 70 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012;

2. Determinar ao atual Prefeito do Município de Itapemirim que, caso proceda novo certame licitatório de mesmo objeto, observe as seguintes orientações:

2.1 Exclua a exigência de participação em visita técnica conjunta;

2.2 Suprima as exigências relativas à capacidade técnico-operacional;

2.3 Exclua a exigência relativa à comprovação de disponibilidade de usina de asfalto, que consta no Termo de Referência (Anexo I do edital);

2.4 Respeite o artigo 31, §2, da Lei nº 8.666/93, que veda a cumulação de garantia de proposta com exigência de comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo;

2.5 Caso se exija a garantia de proposta, nos termos da Lei nº 8.666/93, abstenha-se de exigir sua comprovação antes da data prevista para a entrega dos documentos de habilitação e da proposta de preços;

2.6 Não inclua no edital de licitação exigência de habilitação que não encontre previsão na Lei nº 8.666/93, como a certidão de protesto de títulos e documentos;

3. Após o trânsito em julgado, **arquivar** os presentes autos.

Composição Plenária
Presentes à sessão plenária da deliberação os Senhores Conselheiros, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Sérgio Manoel Nader Borges, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição do Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 15 de julho de 2014.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN
Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO
CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA
Em substituição

Fui presente:
DR. LUCIANO VIEIRA
Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:
ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-505/2014 - PLENÁRIO

PROCESSO - TC-9018/2013
JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM
ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO – EXERCÍCIO/2013
RESPONSÁVEIS - LUCIANO DE PAIVA ALVES E RONILDO HILÁRIO GOMES

REPRESENTANTE - AUGUSTO CONSTRUTORA LTDA
EMENTA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPEMIRIM - EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 004/2013 -1) EXTINGUIR O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO - 2) DETERMINAÇÃO - 3) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES: I- RELATÓRIO E FUNDAMENTAÇÃO

Tratam os presentes autos de representação com pedido de cautelar inaudita altera parte apresentada por Augusto Construtora Ltda. – EPP, alegando grave ilegalidade contida no Edital de Concorrência nº 004/2013, cujo objeto é a contratação de empresa para a execução de várias obras.

Instado a se manifestar, o Núcleo de Engenharia e Obras Públicas – NEO procedeu à Manifestação Técnica Preliminar nº 585/2013 (fls. 153/163), analisando unicamente os pontos da representação que versaram sobre a área de engenharia, destacando ter constatado em sua análise que o edital em questão apresentava exigências restritivas ao caráter competitivo da licitação que poderiam comprometer a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, tendo apontado ainda que teria sido publicada no Diário Oficial do Estado do dia 28/11/2013, a informação de cancelamento da licitação.

Sem prejuízo desse cancelamento, e objetivando evitar a reincidência das inconsistências apontadas, sugere, em sua manifestação, ao Plenário, que determine ao jurisdicionado determinadas providências para futuras licitações.

Em seguida, foram encaminhados os autos ao Núcleo de Cautelares – NCA, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva – ITC 8269/2013, às fls. 165/172.

Ao analisar os fatos, manifestou-se o NCA no sentido de que o fato do cancelamento do certame é capaz de configurar a situação constante do artigo 307, § 6º do RITCEES, senão vejamos:

§ 6º Haverá perda superveniente do objeto impugnado quando, determinada a prestação de informações e antes da concessão da medida cautelar, o responsável sanar as supostas irregularidades apontadas pelo representante, extinguindo-se o feito sem resolução de mérito. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 001, de 27.8.2013).

Porém, como bem assevera essa área técnica, uma observação precisa ser feita. O dispositivo regimental acima citado, em uma interpretação literal e mais apressada, é capaz de levar ao entendimento de que, para restar configurada a perda superveniente do objeto impugnado, necessário seria que as supostas irregularidades apontadas pelo representante fossem saneadas após a determinação da prestação de informações e antes da concessão da medida cautelar.

Os presentes autos, encontrando-se ainda em fase incipiente, não propiciaram a notificação para a prestação de informações. Não obstante, já há a informação nos autos de que a Concorrência Pública nº 004/2013 fora cancelada no interesse administrativo. Não se vislumbra, na presente situação, qualquer empecilho em, diante desse cancelamento, concluir-se pela perda do objeto, considerando que as irregularidades não mais persistem com a ocorrência desse cancelamento.

Na certeza de que é dever de toda Corte de Contas primar pela celeridade na análise e julgamento das questões que lhe são submetidas, e que, no presente caso, será alcançada a efetividade da atuação desta Corte mediante a aplicação do art. 307, § 6º do RITCEES, sem prejuízo de serem expedidas determinações ao gestor público, é de se entender pela ocorrência, na presente situação, da perda superveniente do objeto impugnado, conforme art. 307, § 6º do RITCEES. Isso porque, visualiza-se claramente a presença de irregularidades atinentes à qualificação do licitante no edital do certame, que seriam capazes de macular o procedimento licitatório, caso não tivesse havido o seu cancelamento, sejam aquelas apontadas pelo Núcleo de Engenharia e Obras Públicas, seja pelo Núcleo de Cautelares.

Nesse sentido, conclui o NAC com o seguinte encaminhamento: Opinamos pelo reconhecimento da perda superveniente do objeto impugnado, a teor do que dispõe o artigo 307, § 6º, c/c artigo 310, II, ambos do RITCEES, com o consequente arquivamento dos autos. Não obstante o cancelamento da Concorrência Pública nº 004/2013, sugere-se, a fim de que não haja reincidência das inconsistências apontadas na presente manifestação, que o Plenário deste Tribunal de Contas determine à Prefeitura Municipal de Itapemirim que em

futuras licitações, particularmente para a contratação do mesmo objeto da licitação cancelada, observe as limitações impostas pela Constituição Federal e pela Lei de Licitações, nos seguintes termos:

a) abstenha-se de exigir participação em visita técnica conjunta;
 b) não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de capacidade técnico-profissional;
 c) abstenha-se de exigir para qualificação técnica, profissional de determinada modalidade, sendo suficiente a exigência de que a empresa licitante indique profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, que possua atribuição para realizar os serviços e experiência na execução de obra ou serviços de características semelhantes.
 d) abstenha-se de exigir requisito de habilitação em desacordo com a Lei Federal nº 8.666/93.

e) observe o comando legal inserido no artigo 31, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93, que não permite a exigência concomitante de capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantia de proposta.

f) abstenha-se de exigir que o recolhimento da garantia de proposta seja realizado antes da data marcada para o recebimento da documentação relativa à habilitação dos concorrentes.

Sugere-se, ainda, que seja dada ciência aos setores competentes, principalmente à Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo, das inconsistências apontadas nesta instrução, para que, independente do gestor e servidores, a Administração Municipal de Itapemirim tome conhecimento e abstenha-se de praticar, não somente nesta, mas também em gestões posteriores, atos considerados irregulares por esta Corte de Contas.

Seguindo o trâmite regimental, foram encaminhados os autos ao Ministério Público Especial de Contas, que, por meio do parecer PPJC 1739/2014 (fls. 181/182) corroborou *in totum* a sugestão da área técnica.

III- DECISÃO

Por todo o exposto, e por comungar com o entendimento esposado pela área técnica e pelo Ministério Público Especial de Contas, **VOTO** nos seguintes termos:

pelo reconhecimento da **PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO IMPUGNADO**, a teor do que dispõe o artigo 307, § 6º, c/c artigo 310, II, ambos do RITCEES, **EXTINGUINDO-SE O FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO**, com o conseqüente arquivamento dos autos;

2) pela **DETERMINAÇÃO** à Prefeitura Municipal de Itapemirim que, em futuras licitações, particularmente para a contratação do mesmo objeto da licitação cancelada, observe as limitações impostas pela Constituição Federal e pela Lei de Licitações, nos seguintes termos:

a) abstenha-se de exigir participação em visita técnica conjunta;
 b) não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de capacidade técnico-profissional;

c) abstenha-se de exigir para qualificação técnica, profissional de determinada modalidade, sendo suficiente a exigência de que a empresa licitante indique profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, que possua atribuição para realizar os serviços e experiência na execução de obra ou serviços de características semelhantes.
 d) abstenha-se de exigir requisito de habilitação em desacordo com a Lei Federal nº 8.666/93.

e) observe o comando legal inserido no artigo 31, § 2º da Lei Federal nº 8.666/93, que não permite a exigência concomitante de capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantia de proposta.

f) abstenha-se de exigir que o recolhimento da garantia de proposta seja realizado antes da data marcada para o recebimento da documentação relativa à habilitação dos concorrentes;

3) pela **CIENFIFICAÇÃO** dos setores competentes, principalmente à Secretaria Municipal de Obras e Urbanismo, das inconsistências apontadas nesta instrução, para que, independente do gestor e servidores, a Administração Municipal de Itapemirim tome conhecimento e abstenha-se de praticar, não somente nesta, mas também em gestões posteriores, atos considerados irregulares por esta Corte de Contas;

4) pela **CIENFIFICAÇÃO** o Representante do teor da decisão final a ser proferida conforme art. 307, §7º, da Res. TC 261/2013 (Reg. Interno).

Posteriormente à confecção do acórdão deste julgamento, remetam-se os autos ao ilustre representante do Ministério Público de Contas nos termos do art. 62, parágrafo único da LC 621/2012.

Após certificado o trânsito em julgado administrativo, arquivem-se os autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-9018/2013,

ACORDAM os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia quinze de julho de dois mil e quatorze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

1. Extinguir o processo sem julgamento do mérito, em razão da perda superveniente do objeto impugnado, nos termos do artigo 307, §6º c/c artigo 310, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal;

2. Determinar à Prefeitura Municipal de Itapemirim que, em futuras licitações, especialmente em caso de contratação do mesmo objeto da licitação cancelada, observe as limitações impostas pela Constituição Federal e pela Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

2.1 Abstenha-se de exigir participação em visita técnica conjunta;
2.2 Não inclua item sem relevância ou sem valor significativo entre aqueles que serão utilizados para a comprovação de capacidade técnico-profissional;

2.3 Abstenha-se de exigir, para qualificação técnica, profissional de determinada modalidade, sendo suficiente a exigência de que a empresa licitante indique profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, que possua atribuição para realizar os serviços e experiência na execução de obra ou serviços de características semelhantes;

2.4 Abstenha-se de exigir requisito de habilitação em desacordo com a Lei nº 8.666/93;

2.5 Observe o comando legal inserido no artigo 31, §2º, da Lei nº 8.666/93, que não permite a exigência concomitante de capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantia de proposta;

2.6 Abstenha-se de exigir que o recolhimento da garantia de proposta seja realizado antes da data marcada para o recebimento da documentação relativa à habilitação dos concorrentes;

3. Após o trânsito em julgado, **arquivar** os presentes autos.

Composição Plenária

Presentes à sessão plenária da deliberação os Senhores Conselheiros, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Vice-Presidente no exercício da Presidência, Sérgio Manoel Nader Borges, Relator, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, José Antônio Almeida Pimentel e o Conselheiro em substituição Marco Antonio da Silva. Presente, ainda, o Dr. Luciano Vieira, Procurador Especial de Contas em substituição do Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas. Sala das Sessões, 15 de julho de 2014.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Vice-Presidente no exercício da Presidência

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO MARCO ANTONIO DA SILVA

Em substituição

Fui presente:

DR. LUCIANO VIEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ATOS DA 2ª CÂMARA

Acórdãos e Pareceres - 2ª Câmara

ACÓRDÃOS

NOTIFICAÇÃO do conteúdo dispositivo dos Acórdãos, nos termos do artigo 161-A da Resolução TC nº 182/2002 (Regimento Interno), com a redação dada pela Resolução TC nº 224/2010, DOE 20.12.2010, para fins do artigo 66, parágrafo único, da Lei Complementar nº 621/2012, encontrando-se os autos disponíveis na Secretaria Geral das Sessões do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. O inteiro teor dos Acórdãos se encontra disponível no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

ACÓRDÃO TC-400/2014 – SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO - TC-9733/2013

JURISDICIONADO - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE VITÓRIA - CDV

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO

REPRESENTANTE - MA-GI COMÉRCIO DE ALIMENTAÇÃO LTDA

RESPONSÁVEIS - ANDRÉ GOMYDE PORTO E TATIANA RODRIGUES BRITO

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE VITÓRIA - CONCORRÊNCIA Nº 04/2013 - CONHECER - IMPROCEDÊNCIA - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL:

I - RELATÓRIO:

Trata o presente feito de Representação com pedido de cautelar, formulada a esta Corte de Contas pela sociedade empresária MAGI Comércio de Alimentação Ltda - ME em desfavor da Companhia de Desenvolvimento de Vitória - CDV em razão de supostas ilegalidades contidas no Edital de Concorrência Pública nº 04/2013, objetivando a concessão de 05 (cinco) módulos gastronômicos, destinados à exploração de atividades econômica de gastronomia (bar, restaurante, lanchonete e similares) localizados na Av. Dante Micheline, Praia de Camburi, Vitória - ES.

Alega, em síntese a Representante que a Comissão Permanente de Licitação a inabilitou indevidamente em razão de que os documentos estabelecidos nos itens 4.1.3.1 - Qualificação Técnica e 4.1.4.4,d - Balanço Patrimonial, estavam em desconformidade com o Edital. Em Decisão Monocrática Preliminar, notifiquei os responsáveis para prestarem esclarecimentos e encaminhar documentação, consoante se depreende às fls. 41/42.

Às fls. 51/63, a Representante propõe Ação Cautelar Inominada requerendo ao final: (i) Determinação deste Tribunal para continuar participando do certame objurgado; (ii) suspensão da licitação; (iii) notificação da autoridade coatora e (iv) concessão da segurança e confirmação da liminar.

Posteriormente, às fls. 99/128, a Representante acosta cópia do mandado de segurança em trâmite na 7ª Vara Cível de Vitória.

Os responsáveis atendendo determinação deste Tribunal apresentam justificativas prévias de fls.130/139, acompanhado de documentos de fls. 140/66.

Analisando os documentos constantes dos autos, entendi não estarem presentes os pressupostos de admissibilidade para a concessão da cautelar pretendida, votei pelo Indeferimento da Medida Cautelar, o que fui acompanhado por meus pares gerando a Decisão TC nº 7095/13 (fls. 674/675).

Instado a se manifestar o Núcleo de Cautelares, através da Manifestação Técnica nº 68/2014 de fls. 660/688, assim conclui:

"Por todo exposto, conclui-se:

Pela improcedência da Representação em relação aos itens 4.1.3.1 (Qualificação Técnica) e 4.1.4.1 (Qualificação econômico-financeira) do Edital de Concorrência Pública nº 04/2013 da Companhia de Desenvolvimento de Vitória - CDV".

Nos termos regimentais, o MPC através do Parecer nº 1340/14 à fl. 699, da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, acompanhou na íntegra a manifestação técnica pela improcedência da Representação.

É o relatório.

VOTO

II- FUNDAMENTAÇÃO:

II.1- Qualificação Técnica:

A Representante insurgiu quanto à sua inabilitação no Edital de Concorrência Pública nº 04/2013, entendendo que a exigência de atestado fornecido por entidades idôneas vinculadas às atividades pretendidas pela Administração, como no presente caso, o SINDIBARES não pode ser a única opção para a apresentação da qualificação técnica.

Como expus no meu voto, onde apreciando os requisitos de admissibilidade da medida cautelar pretendida, observei que a exigência contida no item 4.1.3.1 não se limitou a ser fornecido pelo SINDIBARES, inclusive, fiz ressaltar que o Anexo I do Edital, trouxe modelo de atestado de capacidade técnica onde poderia ser firmado por fornecedores, especificando o período, a frequência e a quantidade fornecida.

Verifiquei, ainda, que a Representante foi inabilitada por ter apresentado Atestado cuja pessoa jurídica não se apresentava como fornecedora e possuía atividade diferente do objeto licitado.

Nesse quadrante, entendo que a exigência de comprovação de capacidade técnica neste caso concreto está em consonância com a legislação vigente, não merecendo ser acolhida a impugnação ora pretendida.

II.2 - Balanço Patrimonial:

A Representante insurgiu quanto a sua inabilitação do procedimento licitatório ora analisado, por entender a Comissão de Licitação que a mesma não apresentou o Balanço Patrimonial.

Consta dos autos que a Comissão de Licitação, após consulta em setor técnico competente, manteve sua decisão, pois o documento apresentado refere-se a balancete de verificação que se refere

ao resumo contábil de período que não apresenta o ano civil, ressaltando, que a ausência de movimentação financeira no exercício de 2012 invalida o Atestado de Capacidade Técnica onde consta que a empresa Representante executou serviços de alimentação desde o mês de outubro/2012 não constando qualquer registro no balancete. De fato, compulsando os autos observei à fl. 432 que o documento acostado refere a Balancete de Verificação no período de 08/10/2012 até 31/12/2012 e às fls. 429/430 consta a cópia do Termo de Abertura do Livro Diário e o Livro Diário de outubro de 2012 sem que houvesse movimentação.

Estabelece a Lei 8.666/93 em seu artigo 31, I a exigência da apresentação do balanço patrimonial para demonstrar a qualificação econômico-financeira da licitante, vedando a substituição por balancetes ou balanços provisórios.

Nesse contexto, não merece prosperar a impugnação pretendida pela Representante.

III - CONCLUSÃO:

Em face do exposto, considerando as razões acima elencadas e tendo em vista a legislação que rege a matéria, acompanhando integralmente a unidade técnica e corpo ministerial, **VOTO** no sentido de **CONHECER** a presente Representação, para o fim de julgá-la **IMPROCEDENTE** nos moldes do artigo 95, I da LC 621/12 c/c os artigos 178, I e 329, §3º do RITCEES, com o seu consequente arquivamento consoante estabelece o art. 330, I do RITCEES.

Cientifique-se os interessados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-9733/2013, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia onze de julho de dois mil e quatorze, à unanimidade, preliminarmente, **conhecer** a presente Representação, para no fim, **considerá-la improcedente**, nos moldes do artigo 95, inciso I, da Lei Complementar nº 621/12 c/c os artigos 178, inciso I e 329, §3º do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Espírito Santo, **arquivando-se** os presentes autos após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel.

Composição

Reuniram-se na Segunda Câmara para a deliberação os Senhores Conselheiros José Antônio Almeida Pimentel, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e o Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges. Presente, ainda, o Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 11 de julho de 2014.

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Fui presente:

DR. HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

EDUARDO GIVAGO COELHO MACHADO

Secretário Adjunto das Sessões

2) - ACÓRDÃO TC-482/2014 - SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO- TC-4420/2013

JURISDICIONADO - COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DE VITÓRIA - CDV

ASSUNTO- PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2012

RESPONSÁVEIS - ANDERSON FIORETI DE MENEZES E RITA DE CÁSSIA OLIVEIRA SAMPAIO

EMENTA: PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2012 - 1) RESPONSÁVEIS: ANDERSON FIORETI DE MENEZES E RITA DE CÁSSIA OLIVEIRA SAMPAIO - REGULAR - QUITAÇÃO - 2) EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO EM RELAÇÃO À SRA. ANA LÚCIA COSTABEBER - 3) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL:

Tratam os presentes autos de Prestação de Contas Anual da Companhia de Desenvolvimento de Vitória - CDV, referente ao exercício financeiro de 2012, sob a responsabilidade do Senhor Anderson Fioreti de Menezes, Diretor Presidente; e da Senhora Rita de Cássia Oliveira Sampaio, Diretor Administrativo-Financeiro.

A 9ª Secretaria de Controle Externo, através de sua Instrução Técnica Inicial ITI 963/2013, fls. 446/447, diante ao que foi apontado no Relatório Técnico Contábil RTC 273/2013, fls. 429/445, sugeriu a citação do Sr. André Gomyde Porto (responsável pelo encaminhamento da PCA), da Sra. Rita de Cássia Oliveira Sampaio (Diretor Administrativo-Financeiro), e da Sra. Ana Lúcia Costabeber

(responsável pela contabilidade), para apresentarem as justificativas individual ou coletivamente quanto ao item 4.1 do RTC, que diz respeito à Ausência de destinação do Lucro Líquido do Exercício.

Conforme os Termos de Citação Nº 212/2014, 231/2014 e 214/2014, fls. 451, 452 e 453, respectivamente, os senhores André Gomyde Porto, Rita de Cássia Oliveira Sampaio, e Ana Lúcia Costabeber, foram devidamente citados. Às fls. 459/473, comparecem aos autos conjuntamente os responsáveis, apresentando justificativas e documentação em resposta à citação feita.

Retorna o feito à área técnica, onde a 9ª Secretaria de Controle Externo analisou a defesa apresentada pelos interessados. Elaborou-se, então, a Instrução Contábil Conclusiva ICC 71/2014, fls. 480/489, a qual considerou saneada a inconsistência contábil apontada na peça inicial, julgando, assim, a Prestação de Contas ora apresentada, regular sob seu aspecto econômico-contábil e financeiro, tendo em vista que os atos e fatos contábeis estão exatos com os demonstrativos da CDV.

Os autos foram encaminhados para a elaboração da Instrução Técnica Conclusiva, caracterizando a fase final e instrutória do processo.

Por meio da Instrução Técnica Conclusiva ITC 3259/2014, fls. 491/502, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, manifestou-se, finalmente, nos seguintes termos:

CONCLUSÃO / PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Após a análise dos fatos constantes dos presentes autos, relativos às contas do senhor André Gomyde Porto - Diretor-Presidente e da senhora Rita de Cássia Oliveira Sampaio - Diretor Administrativo-Financeiro, no exercício 2012, frente à Companhia de Desenvolvimento de Vitória – CDV, a Instrução Contábil Conclusiva ICC 71/2014 conclui pela regularidade das contas quanto aos demonstrativos contábeis encaminhados.

Por todo o exposto, e diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV2, da Res. TC nº 261/2013, conclui-se opinando por: julgar REGULARES as contas do senhor Anderson Fioreti de Menezes - Diretor-Presidente e da senhora Rita de Cássia Oliveira Sampaio - Diretor Administrativo-Financeiro, frente à Companhia de Desenvolvimento de Vitória – CDV, no exercício de 2012, na forma do inciso 13 do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, dando quitação aos responsáveis, nos termos do art. 854 do mesmo diploma legal.

extinguir do processo sem resolução do mérito em relação à senhora Ana Lúcia Costabeber, contabilista responsável pela elaboração das demonstrações contábeis da Companhia de Desenvolvimento de Vitória, por ilegitimidade da parte, com fulcro nos artigos 70 da LC nº. 621/12 e 267, VI, do Código de Processo Civil.

Quanto ao senhor André Gomyde Porto, Diretor-Presidente da CDV no exercício de 2013 e responsável pelo encaminhamento da presente prestação de contas anual, destaca-se que o mesmo foi citado (fl. 455) para proceder à adequação dos demonstrativos contábeis à Lei 6404/76, no exercício de 2013. Contudo não há como lhe imputar qualquer responsabilidade pelos atos de gestão praticados no exercício de 2012. Assim, tendo em vista que as justificativas por ele apresentadas foram suficientes para afastar o único indício de irregularidade apontado no ITI 963/2013, demonstrando que os demonstrativos contábeis estão em consonância com a Lei 6404/74, torna-se desnecessária a expedição de recomendação e/ou determinação ao gestor para adoção de providências corretivas acerca das demonstrações contábeis do exercício de 2012.

O Ministério Público Especial de Contas, através da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, fls. 505/506, sem maiores considerações, manifesta-se de acordo com o corpo técnico, pelo julgamento do feito nos moldes preconizados pela ITC 3259/2014.

É o relatório.

V O T O

TC – 4420/2013

Cuidam os presentes autos de Prestação de Contas Anual da Companhia de Desenvolvimento de Vitória – CDV, referente ao exercício financeiro de 2012, que foram encaminhadas tempestivamente, cumprindo, portanto, o prazo estipulado no art. 107, caput, da Resolução TC nº 182/02, vigente à época. Figurando como responsáveis o Sr. Anderson Fioreti de Menezes, Diretor Presidente e a Sra. Rita de Cássia Oliveira Sampaio, Diretor Administrativo-Financeiro.

Citados regularmente, o Sr. André Gomyde Porto, Diretor Presidente, responsável pelo encaminhamento das presentes contas, e as Sras. Rita de Cássia Oliveira Sampaio, Diretor Administrativo-Financeiro, e Ana Lúcia Costabeber, Contadora, a respeito do item 4.1 do Relatório Técnico Contábil RTC 273/2013, que tratava de Ausência de destinação do Lucro Líquido do Exercício.

A 9ª Secretaria de Controle Externo analisa a documentação

e as justificativas encaminhadas a esta Corte de Contas pelos responsáveis, e através da Instrução Contábil Conclusiva ICC 71/2014 conclui que a inconsistência contábil foi totalmente saneada, sugerindo que os autos fossem direcionados ao setor competente para a elaboração da instrução técnica conclusiva, a qual caracteriza a fase final e instrutória da presente prestação de contas anual.

Assim, o Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas – NEC, em sua Instrução Técnica Conclusiva ITC 3259/2014, conclui pela regularidade das contas quanto aos demonstrativos contábeis encaminhados pelo Sr. André Gomyde Porto, Diretor-Presidente, sugerindo também a regularidade das contas apresentadas pelo Sr. Anderson Fioreti de Menezes, Diretor Presidente, e da Sra. Rita de Cássia Oliveira Sampaio, Diretor Administrativo-Financeiro, então responsáveis pela Companhia de Desenvolvimento de Vitória – CDV – no exercício financeiro de 2012, por conseguinte, dando-lhes a competente quitação. Em relação à Sra. Ana Lúcia Costabeber, contabilista responsável pela elaboração das demonstrações contábeis da CDV, que o processo seja extinto sem resolução do mérito, por ilegitimidade da parte, com fulcro nos artigos 70 da Lei Complementar nº 621/12 e 267, VI, do Código de Processo Civil.

O Ministério Público Especial de Contas, através da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, sem maiores considerações, acompanhou *in totum* o entendimento do corpo técnico, manifestando-se nos moldes preconizados pela Instrução Técnica Conclusiva ITC 3259/2014.

A 9ª Secretaria de Controle Externo informa que a empresa, não foi contemplada para realização de Auditoria Ordinária referente ao exercício de 2012.

Esclareço, ainda, que o Senhor André Gomyde Porto, Diretor-Presidente da CDV no exercício de 2013 e responsável pelo encaminhamento da prestação de contas anual ora em análise, fora citado para proceder à adequação dos demonstrativos contábeis à Lei 6404/76, no exercício de 2013, sem, contudo, não ter qualquer responsabilidade pelos atos de gestão praticados no exercício de 2012. Entretanto, tendo em vista que as justificativas por ele apresentadas foram suficientes para afastar o único indício de irregularidade apontado na ITI 963/2013, indicando que os demonstrativos contábeis estão em consonância com a Lei 6404/74, torna-se desnecessária a expedição de recomendação e/ou determinação ao gestor para adoção de providências corretivas acerca das demonstrações contábeis do exercício de 2012.

Assim, sem mais o que acrescentar, encampo os fundamentos e conclusões explicitadas pelo corpo técnico e Ministerial desta Corte de Contas, tornando-os parte integrante do presente voto.

Pelo exposto, VOTO pela REGULARIDADE da Prestação de Contas da Companhia de Desenvolvimento de Vitória – CDV, referente ao exercício de 2012, sob a responsabilidade do Senhor Anderson Fioreti de Menezes (Diretor Presidente) e da Senhora Rita de Cássia Oliveira Sampaio (Diretor Administrativo-Financeiro), dando-lhes a devida QUITAÇÃO, nos termos do artigo 84, inciso I, c/c o artigo 85, da Lei Complementar nº 621/2012.

VOTO, ainda, pela extinção do processo sem resolução do mérito em relação à Senhora Ana Lúcia Costabeber (Contabilista responsável), por ilegitimidade da parte, com base nos artigos 70 da LC 621/12 e 267, VI, do CPC.

Após o julgamento do feito, archive-se.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-4420/2013, ACORDAM os Srs. Conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia nove de julho de dois mil e quatorze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel:

1. Julgar regular a Prestação de Contas Anual da Companhia de Desenvolvimento de Vitória - CDV, quanto ao aspecto técnico-contábil, referente ao exercício de 2012, sob a responsabilidade dos Srs. Anderson Fioreti de Menezes e Rita de Cássia Oliveira Sampaio, ordenadores de despesas, dando-lhes a devida quitação;
2. Extinguir o processo sem resolução de mérito em relação à Senhora Ana Lúcia Costabeber, contabilista responsável, por ilegitimidade da parte, com base nos artigos 70 da Lei Complementar 621/12 e 267, inciso VI do Código de Processo Civil;
3. Após o trânsito em julgado, arquivar os presentes autos.

Composição

Reuniram-se na Segunda Câmara para o julgamento os Senhores Conselheiros José Antônio Almeida Pimentel, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Relator, e Sérgio Manoel Nader Borges. Presente, ainda, o Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 09 de julho de 2014.

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL
Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO
CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Fui presente:

DR. LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR
Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-483/2014 – SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO - TC-3731/2014

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE IBIRAÇU

ASSUNTO - REPRESENTAÇÃO

REPRESENTANTE - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA: REPRESENTAÇÃO - PREFEITURA MUNICIPAL DE IBIRAÇU - NÃO CONHECER - ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL:

Trata-se de solicitação de realização de auditoria, encaminhada pela Sr^a Elda Márcia Moraes Spedo, Procuradora -Geral do Ministério Público em exercício, em virtude de Denúncia oferecida pelo Sr. Danilo Sérgio Salvadeo, editor do Jornal Folha do Litoral, na qual notícia possíveis irregularidades nas contratações de empresas jornalísticas pelo Município de Ibiracu.

Encaminhado o processo à Secretaria de Controle Externo, foi elaborada Manifestação Técnica Preliminar, na qual, inicialmente, foi destacada a ausência de legitimação do Ministério Público do Estado para a solicitação de realização de auditorias, motivo pelo qual a solicitação encaminhada passou a ser tratada como Representação. Em análise técnica preliminar de admissibilidade da Representação, a área técnica concluiu pela ausência de indícios de irregularidade que justifiquem o prosseguimento do feito, nos seguintes termos:

4 – PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a sugestão de encaminhamento do feito ao Relator da seguinte proposta:

- Pelo indeferimento da solicitação de realização de auditoria, em virtude do comando contido no art. 71, inciso V da Constituição estadual e art. 92 da Lei 621/2012;

- Com fundamento no §2º do art. 99 c/c §1º do art. 94 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, propomos não conhecer a documentação como representação por não preencher os requisitos legais de admissibilidade.

- Pelo arquivamento do feito dando ciência à interessada.

Em parecer da lavra do Procurador Luciano Vieira, fls. 28, o Ministério Público de Contas, também opinou pelo não conhecimento da Representação, ante a ausência do requisito insculpido no art. 177, III da Res. TC n. 261/2013, visto não estar acompanhada de qualquer indício de prova e não se vislumbrar verossimilhança das alegações do denunciante.

É o breve relatório.

VOTO

TC-3731/2014

O presente feito cuida de Representação, que teve origem em solicitação de realização de auditoria do Município de Ibiracu feita pelo Ministério Público do Espírito Santo.

Analisando as disposições legais que cuidam das realizações de inspeções e auditorias, verificamos assistir razão à área técnica no sentido de o Ministério Público não constar no rol dos legitimados para tal solicitação, nos termos do que dispõe o art. 92 da Lei Complementar 621/2012:

Art. 92. São competentes para solicitar ao Tribunal de Contas a prestação de informações e a realização de inspeções e auditorias:

I - a Assembleia Legislativa e as Câmaras Municipais;

II - as Comissões permanentes ou de inquérito da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais.

Destaque-se, por oportuno, que a deflagração de procedimento de fiscalização por iniciativa do Poder Legislativo, estadual ou municipal, é vinculante para esta Corte de Contas, mas desde que observadas as regras previstas no art. 92 da LC nº 621/12 c/c com os artigos 174 e 175 do RITCEES.

Diante disso, devem os documentos e informações encaminhadas serem recebidas como Representação, a teor do art. 99 da Lei Complementar nº 621/2012, *verbis*:

Art. 99. Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

§ 1º Têm legitimidade para representar ao Tribunal:

I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - Magistrados e membros do Ministério Público;

III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao artigo 76, § 1º, da Constituição Estadual;

IV - Senadores da República, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores;

V - Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

VII - unidades técnicas deste Tribunal;

VIII - as equipes de inspeção ou de auditoria, nos termos do artigo 37, inciso II desta Lei Complementar;

IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou da função que ocupem;

X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais.

§ 2º Aplicam-se à representação, no que couber, as normas relativas à denúncia.

No caso específico, portanto, embora faleça legitimidade ao peticionante para solicitar a realização de inspeções e auditorias, consoante muito bem apontado pela unidade técnica, há, ao revés, plena legitimidade do interessado para formular representação, nos termos do art. 99, II, da Lei Orgânica desta Corte.

Não obstante a legitimidade ativa, sob o prisma subjetivo, para a formulação da representação, incide sobre esse processo específico de fiscalização as demais normas relativas à denúncia, a teor do art. 99, § 2º, da LC nº 621/12.

Desse modo, a notícia de qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos relativos à gestão da coisa pública, encaminhada a este Tribunal de Contas devem observar os demais requisitos de admissibilidade, sob o prisma objetivo, estabelecidos no art. 94 da Lei Complementar nº 621/2012, *verbis*:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - ser redigida com clareza;

II - conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

[...]

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário. (g.n.)

No caso em exame, a documentação acostada indica suposto indício de irregularidade na contratação de empresa jornalística pelo Município de Ibiracu, tendo o Ministério Público do Estado do Espírito Santo encaminhado denúncia feita por proprietário do jornal Folha do Litoral, noticiando que a contratação do jornal O Diário, ocorrida em dois anos consecutivos, teria se dado em troca de apoio em campanha política.

Analisando os termos da documentação, a unidade técnica desta Corte de Contas destacou:

"A análise da legalidade dos contratos firmados pela Administração Pública é matéria afeta à competência deste E. Tribunal. No caso em tela, contudo, não há indício de veracidade dos fatos narrados na denúncia, haja vista que constam da documentação anexada os orçamentos indicando que o valor contratado foi o menor dentre os apresentados (...)

Ademais, o valor contratado está abaixo do limite legal de R\$ 8.000,00 para dispensa de licitação.

Por fim, não se vislumbra indícios de que a contratação se deu em virtude de apoio político, tendo em vista que, como o denunciante afirma, são suas suposições, desacompanhadas, contudo, de qualquer indicativo de prova.

(...)

Desse modo, não se verifica a existência de indícios de irregularidade que justifiquem o prosseguimento do feito, razão pela qual somos pelo indeferimento da solicitação, tendo em vista que a interessada não se encontra entre os legitimados para solicitar a realização de auditoria perante esta Corte, bem como pelo não recebimento da documentação como representação, diante da constatação de que esta não preenche os requisitos legais de admissibilidade.

No mesmo sentido é a manifestação do Ministério Público Especial de Contas quanto à inexistência de indícios de prova:

"(...)

Já quanto à admissibilidade da representação, verifica-se ausente o requisito insculpido no art. 177, III da Res. TC n. 261/2013, pois se depreende da denúncia de fls. 44/45 que as alegações de favorecimento do jornal "O Diário", em troca de apoio na campanha política de 2012, e de que a empresa vencedora publicou o formal

pelos meios eletrônicos, não distribuindo a versão impressa na cidade, são meras suposições, não respaldadas em quaisquer indícios de prova.

(...)

Desse modo, ausentes indícios de prova e de verossimilhança das alegações do denunciante, não se vislumbra justa causa para o conhecimento da representação."

No ponto, adoto portanto, a manifestação da área técnica deste Tribunal e do Ministério Público Especial de Contas, razão pela qual considero que a inicial não foi acompanhada de elementos mínimos, ainda que indiciários, que pudessem ensejar o conhecimento da exordial como representação e, ato contínuo, ensejar a realização de inspeção ou auditoria por esta Corte de Contas.

Diante do exposto, com fundamento no art. 94 da LC 621/2012, VOTO pelo NÃO CONHECIMENTO da presente representação, pois ausentes requisitos de admissibilidade, relativamente à carência de circunstâncias e elementos de convicção; e nenhum indício de prova que possam justificar o regular prosseguimento do feito, com o consequente ARQUIVAMENTO dos autos.

Cientifique-se a Procuradoria Geral do Ministério Público do Espírito Santo da decisão aqui proferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-3731/2014, ACORDAM os Srs. Conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia nove de julho de dois mil e quatorze, à unanimidade, não conhecer a Representação, em virtude da ausência dos requisitos de admissibilidade, relativamente à carência de circunstâncias e elementos de convicção, e nenhum indício de prova que possam justificar o regular prosseguimento do feito, arquivando-se os presentes autos após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro José Antônio Almeida Pimentel.

Composição

Reuniram-se na Segunda Câmara para a deliberação os Senhores Conselheiros José Antônio Almeida Pimentel, Presidente, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Sérgio Manoel Nader Borges. Presente, ainda, o Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 9 de julho de 2014.

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Fui presente:

DR. LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ACÓRDÃO TC-402/2014 - SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO - TC-6442/2009

JURISDICIONADO - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO DOMINGOS DO NORTE

ASSUNTO - TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - CONVÊNIO Nº 013/2007

RESPONSÁVEIS - ANA ISABEL MALACARNE DE OLIVEIRA E REGINA CURITIBA

ADVOGADO - LUCIANA FERREIRA PINTO (OAB/ES Nº 10.594)

EMENTA: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL - CONVÊNIO Nº 013/2007 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO DOMINGOS DO NORTE - 1) REGULAR A PRESTAÇÃO DE CONTAS DE CONVÊNIO - 2) IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA - 3) ARQUIVAR.

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES: I - RELATÓRIO

Trata o presente Processo TC 6442/2009 de Tomada de Contas Especial em razão de denúncia apresentada pela Dra. Roseane da Silva, Procuradora Geral do Município de São Domingos do Norte, recebida em 16/11/2009 (fls. 102), acerca de possíveis irregularidades na utilização do Convênio nº 013/2008 assinado em 25/09/2007, no valor de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) (firmado entre o Estado do Espírito Santo, representado pela SEDURB e o município), para pagamento de valores relativos a notas fiscais emitidas após a vigência do convênio para pavimentação de Rua no Córrego Dumer.

A Controladoria Geral Técnica manifestou-se às fls. 108/110, dando pela inexistência do pedido face as razões ali destacadas, principalmente face a condição de que "a municipalidade apurou os fatos e não identificou prejuízo ao erário, tendo ocorrido única e exclusivamente uma formalidade".

A Procuradoria de Justiça de Contas - PPJC 1167/2010, pugna pela instauração de Auditoria Especial (fls. 114/115), fato não acolhido pelo Conselheiro Relator da época (fls. 118/119), frente ao disposto na Instrução Normativa TC nº 08/2008 - arts. 1º e 2º e LC 32/92 - artigo 53.

Por meio da Decisão TC 1231/2010 decidido pelo Tribunal em sua 20ª sessão ordinária a notificação a SEDURB pela instauração de Tomada de Contas. (fls.120). Esclarecimentos prestados (fls.131/183), concluído pela ausência de pressupostos de constituição de Tomada de Contas, em razão da documentação acostada aos autos, pedindo reconsideração da decisão adotada.

Por meio da Manifestação Técnica Preliminar MTP 283/2013 da 1ª Secretaria de Controle Externo (fls. 203/211) concluído pelo arquivamento dos autos uma vez que as justificativas apresentadas " ... foram suficientes para afastar o indício de irregularidade questionado pela Procuradoria Geral do Município de São Domingos do Norte ...", concluindo pela improcedência da denúncia, pelo fato de não haver os fundamentos exigidos na LC 621/02.

Instado a se posicionar veio o Ministério Público de Contas concordar com ao posicionamento da área técnica (fls. 203/211), pugnando pelo arquivamento dos autos.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Da apuração dos fatos e de sua conclusão contida no tópico "Relatório" deste voto decorre que a denúncia não merece ser recebida por este Tribunal face a inexistência de quaisquer irregularidades e/ou impropriedades relativas ao contrato firmado entre a municipalidade e a empresa contratada vindo, inclusive, a SEDURB afirmar às fls. 135 do processo que

" Por derradeiro, afirmamos que todos os serviços medidos no Convênio nº 13/2007 foram efetivamente executados, conforme relatório técnico da SEDURB e que o objeto foi devidamente cumprido pela municipalidade, não tendo havido desvio do objeto do contrato, não se registrando nenhum dano ao erário estadual ou mesmo má utilização de recursos públicos, o que descaracteriza de pronto a necessidade de instauração de Tomada de Contas por parte da SEDURB".

Destes fatos, anuindo os pareceres técnicos contidos no processo bem como o posicionamento adotado pelo Ministério Público de Contas, decorre a aplicação do disposto na Resolução 261/2013, que assim se resume:

" Artigo 330 - O processo será **arquivado** nos seguintes casos: (...)

V - **quando houver decisão do colegiado, ou da Presidência, pelo seu encerramento, após expedidas as comunicações e expirados os prazos dos recursos cabíveis.**

III - DECISÃO

Destarte, atendido o disposto da Resolução 261/2013, bem como demais dispositivos legais que regem a matéria e noticiados nos documentos acostados ao processo e aqui relatados, **VOTO** por regularidade na prestação de contas relativa ao Convênio nº 013/2008 assinado em 25/09/2007, no valor de R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), firmado entre o Estado do Espírito Santo - representado pela Secretaria de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano - SEDURB e o Município de São Domingos do Norte.

notificação a Sra. **ANA ISABEL MALACARNE DE OLIVEIRA** - Prefeita Municipal, acerca da decisão tomada pelo Plenário;

notificação a Sra. pela Dra. **ROSEANE DA SILVA**, Procuradora Geral do Município de São Domingos do Norte, da improcedência da denúncia apresentada em 16/11/2009, não atendidos os fundamentos exigidos na LC 621/2012.

remessa dos autos ao Ministério Público de Contas, na forma do artigo 62, § único da LC 621/2012

arquivamento dos presentes autos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-6442/2009, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão realizada no dia onze de junho de dois mil e catorze, à unanimidade, julgar **regular** a Prestação de Contas relativa ao Convênio de nº 013/2008, sob a responsabilidade das Sras. Ana Isabel Malacarne de Oliveira, Prefeita Municipal de São Domingos do Norte, e Regina Curitiba, Secretária de Estado de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano, dando-lhes a devida **quitação**, considerando improcedente a Denúncia apresentada, **arquivando-se** os presentes autos, após o trânsito em julgado, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges.

Composição

Reuniram-se na Segunda Câmara para julgamento os Senhores Conselheiros José Antônio Almeida Pimentel, Presidente, Sérgio Manoel Nader Borges, Relator, e Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Presente, ainda, o Dr. Heron Carlos Gomes de Oliveira, Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 11 de junho de 2014.

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Fui presente:

DR. HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Procurador Especial de Contas em substituição ao Procurador-Geral

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-Geral das Sessões

ATOS DOS RELATORES

RETIFICAÇÃO

Na redação da Decisão Monocrática DECM 1270/2014 publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 22 de agosto de 2014:

Onde se lê:

Prazo de 10 (trinta) dias

Leia-se:

Prazo de 10 (dez) dias

RETIFICAÇÃO

Na redação da Decisão Monocrática DECM 1258/2014 publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 22 de agosto de 2014:

Onde se lê:

Prazo de 10 (trinta) dias

Leia-se:

Prazo de 10 (dez) dias

RETIFICAÇÃO

Na redação da Decisão Monocrática DECM 1259/2014 publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 22 de agosto de 2014:

Onde se lê:

Prazo de 10 (trinta) dias

Leia-se:

Prazo de 10 (dez) dias

RETIFICAÇÃO

Na redação da Decisão Monocrática DECM 1272/2014 publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 22 de agosto de 2014:

Onde se lê:

Prazo de 10 (trinta) dias

Leia-se:

Prazo de 10 (dez) dias

RETIFICAÇÃO

Na redação da Decisão Monocrática DECM 1271/2014 publicada no Diário Oficial Eletrônico do TCEES de 22 de agosto de 2014:

Onde se lê:

Prazo de 10 (trinta) dias

Leia-se:

Prazo de 10 (dez) dias

ATOS DA PRESIDÊNCIA

RESUMO DO SEGUNDO TERMO ADITIVO AO CONTRATO

Nº 012/2012

Processo TC-4355/2012

CONTRATANTE: Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

CONTRATADA: Decatron Automação e Tecnologia de Informação Ltda.

Objeto: Prorrogação do prazo de vigência do Contrato nº 012/2012 por mais 12 (doze) meses, a partir de 23 de agosto de 2014, cujo teor versa sobre a prestação de serviços de atualização de versão e suporte técnico remoto a 8 (oito) licenças de *software* de virtualização VMWare VSphere 5 Enterprise Plus e 1 (uma) licença do *software* de gerenciamento de virtualização VMWare VCenter 5 Standard for VSphere.

Vitória, 22 de agosto de 2014.

Conselheiro DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

AVISO DE ADESÃO

Ata de Registro de Preços nº 007/2014 oriunda do Pregão Eletrônico nº 33/2013.

Processo: TC - Nº 7721/2014

Órgão Adeso: Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - TCEES

Órgão Gerenciador: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe.

Contratada: Hewlett-Packard Brasil Ltda.

Objeto: Aquisição conforme abaixo discriminado:

Item	Descrição	Qtd	Valor Unitário	Valor Total
04	Notebook HP ProBook 6470b	64	R\$ 3.401,00	R\$ 217.664,00

Valor Total - R\$ 217.664,00 (duzentos e dezessete mil seiscentos e sessenta e quatro reais).

Vitória, 21 de agosto de 2014.

Conselheiro DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

AVISO DE ADESÃO

ATA DE REGISTRO DE PREÇOS DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2013.

Processo: TC - Nº 6947/2014

Órgão Adeso: Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo - TCEES

Órgão Gerenciador: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro.

Contratada: Avante Brasil Informática e Treinamentos Ltda.

Objeto: Aquisição conforme tabela abaixo:

ITEM DO SRP	UNID	DESCRIÇÃO DO SERVIÇO	QTD	V. UNIT. (R\$)	V. TOTAL (R\$)
1	Serv.	Implantação e customização do software Moodle	1	5.000,00	5.000,00
2	Serv.	Manutenção do Moodle	1	17.000,00	17.000,00
3	Serv.	Hospedagem do Moodle	1	9.600,00	9.600,00
4	Serv.	Elaboração de banner rotativo	3	100,00	300,00
5	Serv.	Elaboração de banners para ser utilizado na página do Moodle	3	100,00	300,00
6	Serv.	Treinamento visando capacitação dos professores e tutores	1	3.500,00	3.500,00
8	Serv.	Suporte de 20 horas semanais, sendo 12 horas presenciais e 8 horas a distância	1	35.000,00	35.000,00
9	Serv.	Implantação do portal do aluno/professor	1	4.000,00	4.000,00
10	Serv.	Implantação do módulo de requerimentos on line	1	4.000,00	4.000,00
11	Serv.	Implantação do módulo personalizado de matrículas on line	1	5.000,00	5.000,00
12	Serv.	Integração entre os participantes ao Ava	1	4.000,00	4.000,00
13	Serv.	Implantação do módulo de Web Conferência	1	8.000,00	8.000,00
14	Serv.	Serviço de criação de conteúdo	5	3.500,00	17.500,00
15	Serv.	Serviço de transposição de conteúdo de até 40 horas	5	5.000,00	25.000,00
TOTAL					138.200,00

Valor Total - R\$ 138.200,00 (cento e trinta e oito mil e duzentos reais).

Vitória, 22 de agosto de 2014.

Conselheiro DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente