



Acórdão 01790/2019-6 - 2ª Câmara

Processos: 06728/2016-7, 02324/2018-7, 05581/2017-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMAC - Prefeitura Municipal de Alfredo Chaves

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: DEUSA TELES - SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA

Responsável: ROBERTO FORTUNATO FIORIN, EDILEZIA EDUARDO SANTOS ALVES,
ROSIANI SAVERGNINI ARPINI, MICHELE DA SILVA BATISTA

Procuradores: SERGIO MENEZES DOS SANTOS (OAB: 9373-ES), NELSON AUGUSTO
MELLO GUIMARAES (OAB: 9106-ES), TIAGO EVALD CARDOSO (OAB: 8753-ES)

**REPRESENTAÇÃO – PROCEDÊNCIA PARCIAL –
DEIXAR DE APLICAR MULTA – EXPEDIÇÃO DE
DETERMINAÇÃO – ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I. RELATÓRIO

Trata-se de representação, a qual noticia supostas irregularidades no Edital de Tomada de Preços nº. 11/2016, da Prefeitura Municipal de Alfredo Chaves, cujo objeto se refere à contratação de empresa para prestação de orientação e assessoria técnica na elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA) para o exercício 2017 e na elaboração da prestação de contas anual (PCA) referente ao exercício de 2016.

A Manifestação Técnica 674/2017 externou a proposta de instauração de Incidente de Uniformização de Jurisprudência, tendo em vista suposta necessidade de

deliberação acerca da “*legalidade ou ilegalidade da contratação de assessoria contábil, incluindo as excepcionalidades como a ausência quantitativa ou qualitativa de servidores; ausência de concurso público vigente; dentre outras que já foram objeto de deliberação*”.

O Parecer ministerial 1100/2019 (evento 09) pugnou pelo prosseguimento do feito, nos termos legais e regimentais, com vistas, exclusivamente, à apreciação do mérito contido nos autos, não acolhendo a proposta de instauração do Incidente de Uniformização de Jurisprudência.

O Estudo Técnico de Jurisprudência 00017/2019-8 (evento 12), por sua vez, assinalou a desnecessidade de instauração do incidente, tendo em vista que a matéria já havia sido tratada no Parecer Consulta 9/2018. Nesse sentido foi proferido o voto que contou com a aquiescência do Plenário desta Corte.

A Instrução Técnica Inicial 538/2019, com base na Manifestação Técnica 8858/2019, sugeriu a citação dos responsáveis, conforme transcrição a seguir:

Responsáveis	Irregularidade
Roberto Fortunato Fiorin – Prefeito do Município de Alfredo Chaves - ES	2.1. Contratação de empresa para prestar serviços com realização de atividades inseridas em atribuições de cargo efetivo da Administração Pública
Rosiani Savergnini Arpini - Presidente da CPL	2.2 Ausência de cronograma físico/financeiro de execução no Edital de Tomada de Preço 2.7 Previsão no Edital de Tomada de Preço de retenção de valores devidos por força de relação contratual
Edilézia Eduardo dos Santos Alves - Secretária Municipal de Finanças	
Michele da Silva Batista - Assessora Jurídica	

Após a citação, os responsáveis acostaram aos autos suas justificativas, cabendo ressaltar que no Despacho 50152/2019 (evento 41), elaborado pela Coordenadora da Secretaria Geral das Sessões, foi noticiado o falecimento do Sr. Roberto Fortunato Fiorin – Prefeito do Município de Alfredo Chaves/ES.

A Instrução Técnica Conclusiva – ITC 4228/2019 elaborou a seguinte proposta de encaminhamento:

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

3.1 Face ao exposto e com base no inciso II , do art. 95, e art. 99, §2, da Lei Complementar Estadual 621/2012, sugere-se que seja reconhecida a PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente representação, tendo em vista o reconhecimento da seguinte irregularidade:

2.3 Previsão no Edital de Tomada de Preço de retenção de valores devidos por força de relação contratual

Critérios: Princípios da Legalidade, disposto no art. 37 da Constituição Federal, art. 3º e Princípio da Vedação ao Enriquecimento Ilícito da Administração, art. 59, da Lei 8.666/93.

Responsáveis:

- a) Rosiani Savernini Arpini (Presidente da CPL)
- b) Edilézia Eduardo dos Santos Alves (Secretária Municipal de Finanças)
- c) Michele da Silva Batista (Assessora Jurídica)

3.2. Posto isso, e diante do preceituado no art. 319, § 1º, inciso IV, da Resolução TC 261/2013 , conclui-se opinando por:

3.2.1. ARQUIVAR o feito em relação ao responsável Sr. Roberto Fortunato Fiorin em razão de seu falecimento, nos termos do art. 330, inciso III, do Regimento Interno desta corte de Contas;

3.2.2. ACOLHER as razões de justificativas das senhoras Rosiani Savernini Arpini (Presidente da CPL) Edilézia Eduardo dos Santos Alves (Secretária Municipal de Finanças) Michele da Silva Batista (Assessora Jurídica) de modo a afastar suas responsabilidades, conforme fundamentação exposta no item 2.2 desta ITC;

3.2.3. REJEITAR as razões de justificativas das senhoras Rosiani Savernini Arpini (Presidente da CPL) Edilézia Eduardo dos Santos Alves (Secretária Municipal de Finanças) Michele da Silva Batista (Assessora Jurídica), de modo a ratificar suas responsabilidades quanto à irregularidade reconhecida no item 2.3 desta Instrução Técnica Conclusiva, aplicando-se as sanções cabíveis, na forma artigo 88 da Lei Complementar 621/2012;

3.2.4. RECOMENDAR, com base no artigo 329, §7º, do regimento interno desta Corte de Contas, à atual administração municipal de Alfredo Chaves para que nas próximas licitações de obras e serviços atenda aos requisitos legais pertinentes, mais especificamente o art. 7º, §2º.

3.3 Por fim, sugere-se que se dê CIÊNCIA ao denunciante do teor da decisão final a ser proferida, conforme mandamento do §7º , do art. 307, da Resolução TC 261/2013.

No mesmo sentido opinou o Ministério Público Especial de Contas, conforme o Parecer Ministerial 05247/2019.

Foi realizada sustentação oral na 42ª sessão ordinária da 2ª Câmara, na data de 04 de dezembro de 2019.

É o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Conforme informa a área técnica, eis as supostas irregularidades assinaladas na ITC 4228/2019:

2.1. Contratação de empresa para prestar serviços com realização de atividades inseridas em atribuições de cargo efetivo da Administração Pública

2.2 Ausência de cronograma físico/financeiro de execução no Edital de Tomada de Preço

2.3 Previsão no Edital de Tomada de Preço de retenção de valores devidos por força de relação contratual

No tocante a **primeira** suposta irregularidade “Contratação de empresa para prestar serviços com realização de atividades inseridas em atribuições de cargo efetivo da Administração Pública”, o Despacho 50152/2019 assinala que o Sr. Roberto Fortunato Fiorin – Prefeito do Município de Alfredo Chaves – ES, faleceu na data de 26/2/2019, consoante documentação acostada no evento eletrônico 91 do Processo TC-7568/2017.

Logo, diante da ausência de pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, é indispensável o arquivamento do feito em relação ao responsável, Sr. Roberto Fortunato Fiorin, nos termos do art. 330, inciso III, do Regimento Interno desta corte de Contas, conforme transcrição a seguir:

Art. 330. O processo será arquivado nos seguintes casos:

III - decisão terminativa por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

No que diz respeito a **segunda** suposta irregularidade “Ausência de cronograma físico/financeiro de execução no Edital de Tomada de Preço”, adiro aos fundamentos da ITC 4228/2019 que reconheceu que no caso concreto não se vislumbra a

ausência de previsão de cronograma físico-financeiro, assim como pode-se afirmar que não se evidenciou o comprometimento da competitividade do certame.

Em anuência com o corpo técnico, deve ser expedida recomendação ao Prefeito Municipal, com base no artigo 329, §7º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, para que nas próximas licitações de obras e serviços a administração municipal atenda aos requisitos legais pertinentes, mais especificamente o art. 7º, §2º.

Acerca da **terceira** suposta irregularidade, "Previsão no Edital de Tomada de Preço de retenção de valores devidos por força de relação contratual", eis as seguintes cláusulas alvo de contestação:

Termo de Referência (doc. eletrônico 2, fl. 41)

5-OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA:

(...)

A constatação de qualquer procedimento irregular pela Contratada, implicará na retenção dos pagamentos devidos pela Prefeitura, até que seja efetuada a regularização. (grifo nosso)

Minuta do Contrato (doc. eletrônico 2, fl. 53)

A Cláusula Nona – dos direitos do contratante no caso de rescisão

9.1 Na hipótese de rescisão administrativa do presente Contrato, a Contratada reconhece, de logo, o direito do Contratante de adotar, no que couber, as medidas previstas no artigo 80 da Lei nº. 8.666/93.

Vale ressaltar que as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis aduziram que teria havido um equívoco de interpretação, e que a forma correta de se inferir a cláusula seria a seguinte:

"(...) a retenção mencionada no Edital da Tomada de Preços, trata de inexecução contratual especialmente em caso de serviços não prestados, devendo ser interpretada de forma temporária, caso se constate que a contratada não produziu os resultados a contento, não executou as atividades contratadas no todo ou com a qualidade mínima exigida ou, ainda, se deixou de utilizar os materiais e recursos exigidos (...)"

O corpo técnico, por sua vez, discorda das justificativas apresentadas pelos responsáveis e propõe a manutenção da irregularidade, pois assinala que da forma como se encontra escrito – "constatação de qualquer procedimento irregular pela

Contratada” –, a referida cláusula exorbita os poderes conferidos à administração pela lei, sendo, portanto, irregular.

Sobre este tema, vale dizer que muito se discute sobre quais as possibilidades em que a Administração Pública pode efetuar a retenção do pagamento do contratado. Inclusive, o Tribunal de Contas da União já manifestou entendimento quanto a impossibilidade de se reter pagamento quando a contratada executar fielmente o objeto pactuado, sob pena de incorrer a administração em enriquecimento ilícito.

Nessa linha de intelecção, verifica-se que a impropriedade existe, todavia, é pontual e de baixa relevância, mormente diante das justificativas encartadas pela defesa, presumindo-se, portanto, a boa-fé na conduta dos responsáveis. Logo, mantenho a irregularidade, porém, entendo que, no caso concreto, o Tribunal não deve aplicar "automaticamente" sanção pecuniária, mas sim orientar o gestor para que a Administração não venha a incidir em equívoco semelhante em outras oportunidades.

Desse modo, se faz mister **expedir determinação** à atual administração municipal para que os próximos editais, quando tratarem de retenção de valores devidos por força da relação contratual, observem estritamente o disposto na Lei 8.666/93 para que não extrapolem a previsão de retenção de valores para qualquer descumprimento do edital, sob pena de incorrer a administração em enriquecimento ilícito.

Ante todo o exposto, **anuindo parcialmente**¹ com o entendimento exarado pela Instrução Técnica Conclusiva - ITC 4228/2019 e pelo o Ministério Público de Contas, **VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Plenário.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

¹ No lugar da aplicação da multa deve ser expedida determinação.

1. ACÓRDÃO

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

1.1. ARQUIVAR o feito em relação ao responsável Sr. Roberto Fortunato Fiorin, em razão de seu falecimento, nos termos do art. 330, inciso III, do Regimento Interno desta Corte de Contas;

1.2. ACOLHER as razões de justificativas das senhoras Rosiani Savergnini Arpini (Presidente da CPL), Edilézia Eduardo dos Santos Alves (Secretária Municipal de Finanças) e Michele da Silva Batista (Assessora Jurídica) de modo a afastar suas responsabilidades, conforme fundamentação exposta no voto;

1.3. REJEITAR as razões de justificativas das senhoras Rosiani Savergnini Arpini (Presidente da CPL), Edilézia Eduardo dos Santos Alves (Secretária Municipal de Finanças) e Michele da Silva Batista (Assessora Jurídica), quanto as responsabilidades acerca da irregularidade reconhecida no item 2.3 da Instrução Técnica Conclusiva 4228/2019, **todavia, deixo de aplicar multa, convolvendo-a em determinação** para a atual administração da Prefeitura Municipal de Alfredo Chaves para que os próximos editais, quando tratarem de retenção de valores devidos por força da relação contratual, observem estritamente o disposto na Lei 8.666/93 para que não extrapolem a previsão de retenção de valores para qualquer descumprimento do edital, sob pena de incorrer a administração em enriquecimento ilícito.

1.4. JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE a representação, na forma do art. 178, II, do RITCEES, em função da existência de irregularidade;

1.5. Arquivem-se, após os trâmites de estilo.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 11/12/2019 - 43ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente/relator), Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Em substituição ao procurador-geral

MICHELA MORALE

Secretária-adjunta das sessões em substituição