



Acórdão 00314/2021-4 - Plenário

Processos: 04716/2020-9, 03548/2019-8

Classificação: Pedido de Reexame

UG: BANESTES - Banco do Estado do Espírito Santo S/A

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: GLOBAL VILLAGE CREATIVE E EXECUTIVE PRODUTORA LTDA.,
BANESTES SA BANCO DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO, LOURENCO CAMPODELL
ORTO DINIZ, DIEGO SCARPARO BARBIERI, RODOLFO HARCKBART LEAL

Recorrente: Membros do Ministério Público de Contas (LUCIANO VIEIRA)

Procurador: JOSE ARILDO VALADAO DE ANDRADE (OAB: 15450-ES)

**PEDIDO DE REEXAME – BANCO DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO S/A – DAR PROVIMENTO
PARCIAL – EXPEDIR DETERMINAÇÃO – DAR
CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

VOTO DO RELATOR

O RELATO EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas, por meio do procurador de contas Luciano Vieira, em face do Acórdão TC 874/2020-1, proferido nos autos do Processo TC 3548/2019-8, que considerou improcedente a representação, nos termos do art. 95, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, c/c o disposto no art. 178, inciso I, do Regimento Interno.

Por meio da Decisão Monocrática DECM 798/2020-4 firmou-se juízo positivo de admissibilidade do recurso, bem como foi determinada a notificação do responsável para, querendo, apresentar contrarrazões.

Devidamente notificado, o Sr. Rodolfo Harckbart Leal apresentou tempestivas contrarrazões.

Encaminhados os autos ao Núcleo de Controle Externo de Recursos e Consultas NRC, foi elaborada a Instrução Técnica de Recurso ITR 346/2020-6, propondo o conhecimento e provimento ao recurso, entendimento este que foi corroborado pelo Ministério Público de Contas, por intermédio do Parecer 4056/2020-9.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Examinando os autos, verifico que a questão jurídica a respeito da qual se insurge o recorrente, buscando a reforma do Acórdão TC 874/2020-1, refere-se ao afastamento do indício de irregularidade descrito no item 2.1 da ITI 5081/2019-5, que trata da suposta inexistência de 3 (três) orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” da Banestes Seguros.

Conforme consta na matriz de responsabilização do aludido item da ITI 5081/2019-5, a responsabilidade pelo seu cometimento foi atribuída ao Sr. Rodolfo Harckbart Leal, fiscal do Contrato nº 118125, justamente por supostamente ter deixado de fiscalizar o cumprimento de sua cláusula 6.1.7.4.1.2 c/c 6.1.7.4.13, tendo permitido que a subcontratação fosse efetivada sem a existência de 03 (três) orçamentos exigidos pelo artigo 14, §1º da Lei 12.232/10.

Analisando os argumentos apresentados pelo recorrente, bem como todo conjunto documental que consta nos autos do processo TC 3548/2019, fica bem claro que, à luz do que prescreve o art. 14 *caput*, §§ 1º e 2º¹, da Lei 12.232/2010, exigia-se do

¹ Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no *caput* deste artigo **exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos** obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o **contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados**, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

recorrido, na condição de fiscal do contrato firmado entre o Banestes e a empresa Fire Marketing e Comunicação LTDA. – que atuava como intermediária no procedimento de subcontratação do serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” da Banestes Seguros –, a garantia de que a subcontratação apenas fosse validada se cumpridos todos os requisitos legais demandados, dentre os quais destaco: (i) a apresentação de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado de produção e edição de filmes publicitários; e (ii) a coleta dos referidos orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, devidamente abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, no caso o Banestes.

No caso em questão, depreende-se que tais prescrições normativas não foram fielmente cumpridas, porquanto o responsável entendeu ser suficiente, para fins de atendimento da regra contida no §1º do art. 14 da Lei 12.232/2010, a coleta de “orçamentos prévios”, encaminhados por correio eletrônico, em vez de considerar propostas de preços concretas, formalmente apresentadas e devidamente abertas em sessão pública, resguardando-se o sigilo necessário e a posterior publicidade do ato, respeitando-se as formalidades preconizadas em lei.

Sobre os fatos acima, de modo complementar, cito trecho da ITC 5081/2019-5, que analisou a questão da seguinte maneira:

[...]

Por sua vez, o Sr. **Rodolfo Harckbart Leal**, Gerente de Marketing, **apresentou, em anexo à sua defesa (Peça Complementar 27667/2019-7), 03 (três) orçamentos obtidos, via correio eletrônico (e-mail), junto a fornecedores cadastrados**, com o objetivo de realizar **prévia pesquisa de preço de mercado**, antes de promover a subcontratação. Com base em tais orçamentos, **alegou em suas razões de justificativa** que, no seu entendimento, **estariam satisfeitas as exigências** do art. 14, § 1º e 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010, de modo que **não subsistiria qualquer irregularidade**.

No entanto, entendemos que **não merecem ser acolhidas as razões de justificativa do defendente**, em razão dos seguintes motivos:

A) Em primeiro lugar, **não houve qualquer sigilo na obtenção de tais orçamentos (Peça Complementar 27667/2019-7)**, tendo em vista que **foram entregues via correio eletrônico (e-mail)** pelos fornecedores, **e não por meio de envelopes fechados**, que só deveriam ser **abertos em sessão pública**, conforme determina o art. 14, § 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010;

B) Tais orçamentos foram obtidos com o **objetivo** de realizar **prévia pesquisa de preço de mercado (Peça Complementar 27667/2019-7)**, **antes da subcontratação**, em

(grifei)

atendimento ao disposto no **art. 43, I da Instrução Normativa nº 3**, de 20 de abril de 2018. Dessa forma, **tais orçamentos não podem ser considerados como propostas, destinadas à contratação de fornecedores**, tanto que os **valores apresentados nestes orçamentos** pelas empresas consultadas (**Peça Complementar 27667/2019-7**), quais sejam, **Kasaca Produções Ltda. ME** (R\$ 187.500,00), **Mirartes Filmes Ltda. ME** (R\$ 168.000,00) e **Senhora Filmes Ltda. ME** (R\$ 179.217,23), **foram bem superiores aos valores apresentados pelas duas empresas classificadas nas propostas** (fls. **09/13 da Peça Complementar 09797/2019-2**), quais sejam, **Croma Produções Audiovisuais Ltda. EPP** (R\$ 82.445,43) e **Senhora Filmes Ltda. ME** (R\$ 99.476,67).

Com efeito, **os “orçamentos”**, aos quais se refere o **art. 14, § 1º e 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010**, **devem ser entendidos como efetivas “propostas”, num contexto de disputa pela subcontratação**, e não como mera pesquisa de preços de mercado.

Como demonstrado, **no caso em análise, os orçamentos**, apresentados pelo defendente, **dizem respeito a pesquisa prévia de preços de mercado** (**Peça Complementar 27667/2019-7**), de modo que **não podem ser considerados como sendo efetivas “propostas” dos fornecedores em contexto de disputa**, porque, além de **não terem sido obtidos com esta finalidade**, também **não foram entregues observando as formalidades estipuladas no art. 14, § 1º e 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010**, quais sejam, **apresentação em envelopes fechados e abertura somente em sessão pública**.

[...]

Aliás, quanto à formalidade inerente ao procedimento, deduzida dos termos legais adotados pelo legislador quando da elaboração do referido diploma legal, chamo a atenção para o fato de que ela não poderia ser flexibilizada da forma como foi, sem qualquer esforço argumentativo voltado à sua justificativa.

Isso porque o texto legal, mais especificamente o art. 14, §1º, é taxativo ao estabelecer que *“o fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá **SEMPRE a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos [...]**”*, o que significa que não caberia ao agente público cogitar acerca da possibilidade de relativização do número de orçamentos necessários à contratação, sob pena de estar violando frontalmente princípios jurídicos caros à procedimentos dessa natureza, como, por exemplo, o princípio da indisponibilidade do interesse público, da publicidade, da vantajosidade, da isonomia, dentre outros.

Ademais, ordena o art. 14, §2º que tais orçamentos sejam coletados em envelopes fechados, abertos em sessão pública, não havendo qualquer ressalva ou margem interpretativa para que o operador do direito no caso concreto formasse convicção a respeito da possibilidade de substituição da forma de apresentação (dos três orçamentos) descrita em lei, por outra – que embora fosse relevante para o instante

da estipulação do preço a ser contratado em momento futuro – que não foi consagrada como a forma mais adequada para a aferição das propostas de preços eventualmente trazidas pelos interessados.

Entendo que a abordagem oferecida nesta decisão não representa um injustificado rigor ou excesso formal no que diz respeito ao contexto fático delineado no presente processo. A bem da verdade, estou convencido que os tempos atuais demandam do gestor público e dos órgãos de controle um olhar menos voltado às formalidades e, concomitantemente, mais atento ao conteúdo dos atos administrativos praticados, avaliando-se, sempre, se tais atos são praticados em prol do interesse público².

Ocorre que há formalidades previstas em lei que se justificam pela literalidade de seu próprio texto, mormente quando o seu cumprimento é marcado pela clareza do que é imposto legalmente.

Nessas hipóteses, resta ao operador do direito, na condição em que se encontrar, despir-se de qualquer intento hermenêutico e argumentativo tendente a relativizá-las. É o que acontece no caso em questão, vale dizer, deveria o recorrido ter agido de modo a não permitir que exigência de apresentação dos três orçamentos fosse suplantada em contraposição ao que estabelecia a Lei 12.232/2010 e o Contrato vigente.

Com efeito, considerando ser inconteste o descumprimento, pelo recorrido, do mandamento legal referente ao rito dispensado à subcontratação dos serviços especializados de produção e edição de filme publicitário, bem como evitar que este Tribunal de Contas abra precedentes que estimulem ou tolerem condutas como a narrada no caso em comento, dou provimento parcial ao recurso interposto, acolhendo o pedido formulado pelo Ministério Público de Contas, para reformar o Acórdão TC 874/2020-1, de modo a manter a irregularidade “2.2.1. *Da inexistência*

² Quanto a isso, inclusive, com fundamento em análise feita pela área técnica, estampada na ITC 5081/2019-5, ressalto o fato de que o próprio recorrido, em vez de ter relativizado formalidade indispensável à subcontratação, referentes à apresentação dos 3 (três) orçamentos, poderia ter agido, à luz do princípio do formalismo moderado (já aplicado neste Tribunal de Contas, veja-se processo TC 8973/2018 e 15488/2019), de modo a sanar as inconsistências – pequenas, diga-se de passagem – na fase da sessão pública realizada (semelhante à fase de habilitação das licitações) em que desclassificou duas das concorrentes por simplesmente não terem apresentado o nome de todos os profissionais integrantes de suas respectivas equipes técnicas, o que interpreto como um pormenor sanável, que, se corrigido, poderia ter beneficiado o jurisdicionado na obtenção de uma proposta mais vantajosa.

de 03 orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” do Banestes Seguros”, afastando, entretanto, a aplicação de multa pecuniária individual, tendo em vista a inexistência de qualquer sinal de dolo, má-fé ou culpa grave por parte do recorrido, nem tampouco indicações de que tenha ocorrido, em decorrência de seus atos, qualquer dano ao erário.

Ante todo o exposto, acompanhando parcialmente³ o entendimento da área técnica e do Parecer do Ministério Público de Contas, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

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

- 1. Dar provimento parcial** ao Pedido de Reexame, para reformar o Acórdão TC 874/2020-1, de modo a manter a irregularidade “2.2.1. Da inexistência de 03 orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” do Banestes Seguros”, afastando, entretanto, a aplicação de multa pecuniária individual, de acordo com as razões de decidir expostas na fundamentação desta decisão;
- 2. Expedir determinação**, com arrimo no art. 207, inciso IV, do Regimento Interno, ao Banestes S/A com o objetivo de que, em suas contratações de publicidade, observe fielmente o disposto na Lei Federal nº 12.232/2010 e na Lei Federal nº 8.666/1993, em especial o art. 14 e §§ 1º e 2º da Lei 12.232/2010;
- 3. Dar ciência** aos interessados acerca da decisão, nos termos regimentais;
- 4. Arquivar** os autos, após o trânsito em julgado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

³ Divergência em relação à aplicação de multa pecuniária individual.

VOTO VOGAL**O EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:****1. RELATÓRIO**

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pelo Ministério Público de Contas, por meio do procurador de contas Luciano Vieira, em face do Acórdão TC 874/2020-1, proferido nos autos do Processo TC 3548/2019-8, que considerou improcedente a representação, nos termos do art. 95, inciso I, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, c/c o disposto no art. 178, inciso I, do Regimento Interno.

Para homenagear o princípio da celeridade processual, dispensei uma maior de dados nesse relatório, considerando que o eminente Relator assim já o fez no bojo de seu r. voto.

Por discordar, data vênia, do entendimento do eminente Relator, apresento o presente

VOTO VOGAL**2. FUNDAMENTAÇÃO**

Em seu r. voto, o eminente Relator trouxe a seguinte fundamentação:

Examinando os autos, verifico que a questão jurídica a respeito da qual se insurge o recorrente, buscando a reforma do Acórdão TC 874/2020-1, refere-se ao afastamento do indício de irregularidade descrito no item 2.1 da ITI 5081/2019-5, que trata da suposta inexistência de 3 (três) orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” da Banestes Seguros.

Conforme consta na matriz de responsabilização do aludido item da ITI 5081/2019-5, a responsabilidade pelo seu cometimento foi atribuída ao Sr. Rodolfo Harckbart Leal, fiscal do Contrato nº 118125, justamente por supostamente ter deixado de fiscalizar o cumprimento de sua cláusula 6.1.7.4.1.2 c/c 6.1.7.4.13, tendo

permitido que a subcontratação fosse efetivada sem a existência de 03 (três) orçamentos exigidos pelo artigo 14, §1º da Lei 12.232/10.

Analisando os argumentos apresentados pelo recorrente, bem como todo conjunto documental que consta nos autos do processo TC 3548/2019, fica bem claro que, à luz do que prescreve o art. 14 caput, §§ 1º e 2º, da Lei 12.232/2010, exigia-se do recorrido, na condição de fiscal do contrato firmado entre o Banestes e a empresa Fire Marketing e Comunicação LTDA. – que atuava como intermediária no procedimento de subcontratação do serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” da Banestes Seguros –, a garantia de que a subcontratação apenas fosse validada se cumpridos todos os requisitos legais demandados, dentre os quais destaco: (i) a apresentação de 3 (três) orçamentos obtidos entre pessoas que atuem no mercado de produção e edição de filmes publicitários; e (ii) a coleta dos referidos orçamentos de fornecedores em envelopes fechados, devidamente abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, no caso o Banestes.

No caso em questão, depreende-se que tais prescrições normativas não foram fielmente cumpridas, porquanto o responsável entendeu ser suficiente, para fins de atendimento da regra contida no §1º do art. 14 da Lei 12.232/2010, a coleta de “orçamentos prévios”, encaminhados por correio eletrônico, em vez de considerar propostas de preços concretas, formalmente apresentadas e devidamente abertas em sessão pública, resguardando-se o sigilo

⁴ Art. 14. Somente pessoas físicas ou jurídicas previamente cadastradas pelo contratante poderão fornecer ao contratado bens ou serviços especializados relacionados com as atividades complementares da execução do objeto do contrato, nos termos do § 1º do art. 2º desta Lei.

§ 1º O fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo **exigirá sempre a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos** obtidos entre pessoas que atuem no mercado do ramo do fornecimento pretendido.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, o **contratado procederá à coleta de orçamentos de fornecedores em envelopes fechados**, que serão abertos em sessão pública, convocada e realizada sob fiscalização do contratante, sempre que o fornecimento de bens ou serviços tiver valor superior a 0,5% (cinco décimos por cento) do valor global do contrato.

(grifei)

necessário e a posterior publicidade do ato, respeitando-se as formalidades preconizadas em lei.

Sobre os fatos acima, de modo complementar, cito trecho da ITC 5081/2019-5, que analisou a questão da seguinte maneira:

[...]

Por sua vez, o Sr. **Rodolfo Harckbart Leal**, Gerente de Marketing, apresentou, em anexo à sua defesa (Peça Complementar 27667/2019-7), 03 (três) orçamentos obtidos, via correio eletrônico (e-mail), junto a fornecedores cadastrados, com o objetivo de realizar prévia pesquisa de preço de mercado, antes de promover a subcontratação. Com base em tais orçamentos, alegou em suas razões de justificativa que, no seu entendimento, estariam satisfeitas as exigências do art. 14, § 1º e 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010, de modo que não subsistiria qualquer irregularidade.

No entanto, entendemos que não merecem ser acolhidas as razões de justificativa do defendente, em razão dos seguintes motivos:

C) Em primeiro lugar, não houve qualquer sigilo na obtenção de tais orçamentos (Peça Complementar 27667/2019-7), tendo em vista que foram entregues via correio eletrônico (e-mail) pelos fornecedores, e não por meio de envelopes fechados, que só deveriam ser abertos em sessão pública, conforme determina o art. 14, § 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010;

D) Tais orçamentos foram obtidos com o objetivo de realizar prévia pesquisa de preço de mercado (Peça Complementar 27667/2019-7), antes da subcontratação, em atendimento ao disposto no art. 43, I da Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2018. Dessa forma, tais orçamentos não podem ser considerados como propostas, destinadas à contratação de fornecedores, tanto que os valores apresentados nestes orçamentos pelas empresas consultadas (Peça Complementar 27667/2019-7), quais sejam, **Kasaca Produções Ltda. ME (R\$ 187.500,00)**, **Mirartes Filmes Ltda. ME (R\$ 168.000,00)** e **Senhora Filmes Ltda. ME (R\$ 179.217,23)**, foram bem superiores aos valores apresentados pelas duas empresas classificadas nas propostas (fls. 09/13 da Peça Complementar 09797/2019-2), quais sejam, **Croma Produções Audiovisuais Ltda. EPP (R\$ 82.445,43)** e **Senhora Filmes Ltda. ME (R\$ 99.476,67)**.

Com efeito, os “orçamentos”, aos quais se refere o art. 14, § 1º e 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010, devem ser entendidos como efetivas “propostas”, num contexto de disputa pela subcontratação, e não como mera pesquisa de preços de mercado.

Como demonstrado, no caso em análise, os orçamentos, apresentados pelo defendente, dizem respeito a pesquisa prévia de preços de mercado (Peça Complementar 27667/2019-7), de modo que não podem ser considerados como sendo efetivas “propostas” dos

fornevedores em contexto de disputa, porque, além de não terem sido obtidos com esta finalidade, também não foram entregues observando as formalidades estipuladas no art. 14, § 1º e 2º da Lei Nacional nº 12.232/2010, quais sejam, apresentação em envelopes fechados e abertura somente em sessão pública.
[...]

Aliás, quanto à formalidade inerente ao procedimento, deduzida dos termos legais adotados pelo legislador quando da elaboração do referido diploma legal, chamo a atenção para o fato de que ela não poderia ser flexibilizada da forma como foi, sem qualquer esforço argumentativo voltado à sua justificativa.

*Isso porque o texto legal, mais especificamente o art. 14, §1º, é taxativo ao estabelecer que “o fornecimento de bens ou serviços especializados na conformidade do previsto no caput deste artigo exigirá **SEMPRE a apresentação pelo contratado ao contratante de 3 (três) orçamentos [...]**”, o que significa que não caberia ao agente público cogitar acerca da possibilidade de relativização do número de orçamentos necessários à contratação, sob pena de estar violando frontalmente princípios jurídicos caros à procedimentos dessa natureza, como, por exemplo, o princípio da indisponibilidade do interesse público, da publicidade, da vantajosidade, da isonomia, dentre outros.*

Ademais, ordena o art. 14, §2º que tais orçamentos sejam coletados em envelopes fechados, abertos em sessão pública, não havendo qualquer ressalva ou margem interpretativa para que o operador do direito no caso concreto formasse convicção a respeito da possibilidade de substituição da forma de apresentação (dos três orçamentos) descrita em lei, por outra – que embora fosse relevante para o instante da estipulação do preço a ser contratado em momento futuro – que não foi consagrada como a forma mais adequada para a aferição das propostas de preços eventualmente trazidas pelos interessados.

Entendo que a abordagem oferecida nesta decisão não representa um injustificado rigor ou excesso formal no que diz respeito ao

contexto fático delineado no presente processo. A bem da verdade, estou convencido que os tempos atuais demandam do gestor público e dos órgãos de controle um olhar menos voltado às formalidades e, concomitantemente, mais atento ao conteúdo dos atos administrativos praticados, avaliando-se, sempre, se tais atos são praticados em prol do interesse público⁵.

Ocorre que há formalidades previstas em lei que se justificam pela literalidade de seu próprio texto, mormente quando o seu cumprimento é marcado pela clareza do que é imposto legalmente.

Nessas hipóteses, resta ao operador do direito, na condição em que se encontrar, despir-se de qualquer intento hermenêutico e argumentativo tendente a relativizá-las. É o que acontece no caso em questão, vale dizer, deveria o recorrido ter agido de modo a não permitir que exigência de apresentação dos três orçamentos fosse suplantada em contraposição ao que estabelecia a Lei 12.232/2010 e o Contrato vigente.

Com efeito, considerando ser inconteste o descumprimento, pelo recorrido, do mandamento legal referente ao rito dispensado à subcontratação dos serviços especializados de produção e edição de filme publicitário, bem como evitar que este Tribunal de Contas abra precedentes que estimulem ou tolerem condutas como a narrada no caso em comento, dou provimento parcial ao recurso interposto, acolhendo o pedido formulado pelo Ministério Público de Contas, para reformar o Acórdão TC 874/2020-1, de modo a manter a irregularidade “2.2.1. Da inexistência de 03 orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário

⁵ Quanto a isso, inclusive, com fundamento em análise feita pela área técnica, estampada na ITC 5081/2019-5, ressalto o fato de que o próprio recorrido, em vez de ter relativizado formalidade indispensável à subcontratação, referentes à apresentação dos 3 (três) orçamentos, poderia ter agido, à luz do princípio do formalismo moderado (já aplicado neste Tribunal de Contas, veja-se processo TC 8973/2018 e 15488/2019), de modo a sanar as inconsistências – pequenas, diga-se de passagem – na fase da sessão pública realizada (semelhante à fase de habilitação das licitações) em que desclassificou duas das concorrentes por simplesmente não terem apresentado o nome de todos os profissionais integrantes de suas respectivas equipes técnicas, o que interpreto como um pormenor sanável, que, se corrigido, poderia ter beneficiado o jurisdicionado na obtenção de uma proposta mais vantajosa.

para a campanha ‘Tudo fica bem’ do Banestes Seguros”, afastando, entretanto, a aplicação de multa pecuniária individual, tendo em vista a inexistência de qualquer sinal de dolo, má-fé ou culpa grave por parte do recorrido, nem tampouco indicações de que tenha ocorrido, em decorrência de seus atos, qualquer dano ao erário.

Ao final de seu voto, o eminente Relator traz como consequência dessa fundamentação a reforma do acórdão recorrido, com a manutenção da irregularidade, contudo, sem a aplicação de multa pecuniária.

Pois bem. Apresento minha divergência em relação ao r. voto do eminente Relator, pelo que passo a arrazoar.

Os processos que tramitam perante os Tribunais de Contas encontram-se sob a égide da Constituição Federal, estando submetidos a todas as regras e princípios ali contidos. Em especial, pode-se mencionar o art. 5º, inciso LV, *in verbis*:

Art. 5º (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

No intuito de se buscar a responsabilização pela prática das irregularidades verificadas, alguns elementos são indispensáveis, como descrição da conduta, ou seja, o que o agente fez ou deixou de fazer; o resultado negativo, que pode ser um dano ao erário ou a mera infração de norma; o nexos causal que une, em uma relação de causa e efeito, a conduta e o resultado; a culpabilidade do agente, pois esse pode estar escudado em alguma excludente de responsabilidade. Tudo isso forma o chamado mérito processual, ou seja, o cerne do processo, que existe a fim de que, ao final, se possa, com um certo grau de confiabilidade, dizer se a irregularidade existiu, seu autor, consequências, dentre outras questões.

Assim, o que uma Corte de Contas julga não é irregularidade em tese, mas a irregularidade junto com todos esses elementos. A irregularidade em tese, ou seja, o tipo que gera a citação para a oferta de resposta, é só o subsídio legal, a ser preenchido pelo caso concreto.

No presente caso, o acórdão recorrido muito bem explicou que, apesar de haver a discrepância entre o preconizado pela Lei Federal 12.232/2010 e o modo da coleta dos orçamentos, não seria possível falar em inexistência de orçamentos, tendo ocorrido um equívoco de forma, no qual não se teria verificado a atuação dolosa dos agentes.

Não há que se falar, portanto, na inexistência de três orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” da Banestes Seguros, tal como apontado pela Área Técnica na Instrução Técnica Inicial 00604/2019-7, no bojo do Processo TC 3548/2019-8.

Deve-se recordar o teor do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, incluído pela Lei 13.655 de 2018, passa a exigir, para a responsabilização dos agestos públicos, a presença de dolo ou erro grosseiro. *In verbis*:

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Diante de tudo, verifica-se que o afastamento da irregularidade nos autos originários se deu não pela afirmação de que se teria respeitado a liturgia legal, mas sim pelos elementos do caso concreto.

Ante todo o exposto, divergindo do entendimento da área técnica, do Parecer do Ministério Público de Contas e do eminente Relator, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

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

1. Negar provimento ao Pedido de Reexame, mantendo o Acórdão TC 874/2020-1, em todos os seus termos, conforme fundamentação acima.

2. Dar ciência aos interessados acerca da decisão, nos termos regimentais;

3. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro

1. ACÓRDÃO TC-314/2021 – PLENÁRIO

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

1.1. Dar provimento parcial ao Pedido de Reexame, para reformar o Acórdão TC 874/2020-1, de modo a manter a irregularidade “2.2.1. *Da inexistência de 03 orçamentos para a subcontratação de serviço de produção e edição de filme publicitário para a campanha “Tudo fica bem” do Banestes Seguros*”, afastando, entretanto, a aplicação de multa pecuniária individual, de acordo com as razões de decidir expostas na fundamentação desta decisão;

1.2. Expedir determinação, com arrimo no art. 207, inciso IV, do Regimento Interno, ao Banestes S/A com o objetivo de que, em suas contratações de publicidade, observe fielmente o disposto na Lei Federal nº 12.232/2010 e na Lei Federal nº 8.666/1993, em especial o art. 14 e §§ 1º e 2º da Lei 12.232/2010;

1.3. Dar ciência aos interessados acerca da decisão, nos termos regimentais;

1.4. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, que votou por negar provimento ao recurso.

3. Data da Sessão: 25/03/2021 - 14ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro Substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões