



Acórdão 00742/2021-7 - Plenário

Processos: 15207/2019-5, 15573/2019-1, 01862/2018-4, 01750/2014-6

Classificação: Recurso de Reconsideração

UG: PMJ - Prefeitura Municipal de Jaguaré

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Interessado: Cidadão, PEDRO JADIR BONNA, CARLOS ESTEVAN FIOROT MALACARNE, ALCY MARINHO DE BACKER, SERGIO PINTO CORREA, ASSOCIACAO DESPORTIVA BOTAFOGO DE JAGUARE

Recorrente: ROGERIO FEITANI

Procuradores: ALEX DE FREITAS ROSETTI (OAB: 10042-ES), AMANDA LOYOLA GOULART (OAB: 24474-ES), ARTHUR AZEREDO THEVENARD (CPF: 140.390.417-04), ARTHUR LUIS LOUREIRO (OAB: 33659-ES), BARBARA DALLA BERNARDINA LACOURT (OAB: 14469-ES), CAMILA CARLETE GOMES (OAB: 23460-ES), CARLOS EDUARDO AMARAL DE SOUZA (OAB: 10107-ES), CAROLINA AVELAR DE OLIVEIRA (OAB: 23097-ES), CHEIM JORGE & ABELHA RODRIGUES - ADVOGADOS ASSOCIADOS, CHEIM JORGE & ABELHA RODRIGUES ADVOGADOS ASSOCIADOS (CNPJ: 03.444.489/0001-89), CHRISTINA CORDEIRO DOS SANTOS (OAB: 12142-ES), FLAVIO CHEIM JORGE (OAB: 262B-ES), GABRIEL FERREIRA ZOCCA (OAB: 6516E-ES), GABRIEL JUNQUEIRA SALES (OAB: 27532-ES), LAILA CHEIM SADER MALHEIROS (CPF: 133.993.717-48), LUANA ASSUNCAO DE ARAUJO ALBUQUERK (OAB: 15866-ES), LUCAS GIANORDOLI PINTO CYPRESTE (OAB: 29031-ES), LUDGERO FERREIRA LIBERATO DOS SANTOS (OAB: 21748-ES), LUIZA NUNES DE NORONHA (CPF: 160.135.137-24), MARCELO ABELHA RODRIGUES (OAB: 7029-ES), MARCELO RODRIGUES NOGUEIRA (OAB: 19008-ES), MATHEUS DOCKHORN DE MENEZES (OAB: 14007-ES), MILENA MAGNOL CASAGRANDE (OAB: 28910-ES), NATHALIA SAIB DE PAULA (OAB: 20844-ES), PATRICK GOMES DE SOUZA (CPF: 154.422.187-82), PEDRO LENNO ROVETTA NOGUEIRA (OAB: 26891-ES), RAFAEL BEBBER CHAMON (OAB: 29367-ES), TALITA ATAIDE DA SILVA (CPF: 153.685.427-12), TATIANE MENDES RIBEIRO (OAB: 28947-ES), THIAGO FELIPE VARGAS SIMOES (OAB: 13399-ES), Millayni Gama Camata

**RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO – CONHECER
COMO PEDIDO DE REEXAME - PREFEITURA
MUNICIPAL DE JAGUARÉ – CONHECER – DAR
PROVIMENTO PARCIAL – DAR CIENCIA -
ARQUIVAR.**

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

1 – RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso de Reconsideração, recebido como Pedido de Reexame, de julgamento de Auditoria (posteriormente convertida em tomada de contas especial), realizada no Município de Jaguaré, no exercício de 2013, sob responsabilidade do Sr. Rogério Feitani, Prefeito Municipal.

Insurge-se o Sr. Rogério Feitani em face do julgamento do **Acórdão 00728/2019-5**, proferido nos autos do Processo **01750/2014-6**, cuja parte dispositiva foi exarada com o seguinte teor:

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo reator:

1.1 MANTER AS SEGUINTE IRREGULARIDADES:

1.1.1 Ausência De Extratos Bancários Na Prestação De Contas – Convênio 1/2013 – Processo TC 1840/14 (item 2.2 da ITC e do voto)

Base legal: art. 37, caput, da CF/88 (princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade), art. 32, caput, da CE/89 (princípio do interesse público), Cláusula VI, Subitem 2, do Convênio 01/13, art. 116, §1º, I ao VII, e §4º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 62 e 63, caput, §1º, I, e §2º, I, da Lei 4.320/64.

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal.

Associação Desportiva Botafogo Futebol Clube de Jaguaré
(Alcyr Marinho de Backer) – conveniada

1.1.2 Ausência De Designação De Fiscal Do Convênio (item 2.4 da ITC e do voto)

Base legal: art. 67, caput, §1º, e 116, caput, da Lei 8.666/93.

Responsável: Rogério Feitani – Prefeito Municipal.

1.1.3 Ausência De Pesquisa De Mercado - Convênio 1/2013 – Processo TC 1840/14 (item 2.5 da ITC e do voto)

Base legal: art. 37, caput, e XXI, da CF/88 (Princípio da Impessoalidade) c/c art. 26, 'caput' e paragrafo único, II, c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Associação Desportiva Botafogo de Jaguaré (Alcyr Marinho de Backer)

1.1.4 Inclusão De Exigências Restritivas À Competitividade - Pregão Presencial 27/13 – Processo 119.609/13 - A – Exigência De Inscrição No CRA (item 2.6 da ITC e do voto)

Base legal: art. 37, caput, e XXI, da CF/88 (Princípio da Impessoalidade) c/c art. 26, 'caput' e paragrafo único, II, c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Pedro Jadir Bonna – Pregoeiro Oficial

1.1.5 Inclusão De Exigências Restritivas À Competitividade - Pregão Presencial 35/13 – Processo Nº 120.334/13 (item 2.7 da ITC e do voto)

Base legal: art. 37, caput, e XXI, da CF/88 (Princípio da Impessoalidade) c/c art. 26, 'caput' e paragrafo único, II, c/c art. 116 da Lei nº 8.666/93

Responsáveis: Rogério Feitani – Prefeito Municipal

Pedro Jadir Bonna – Pregoeiro Oficial

Carlos Stevan F. Malacarne – Procurador Jurídico Municipal

1.2 DESCONVERTER o processo de tomada de contas especial em **processo de fiscalização**, na forma do art. 329, § 8º do Regimento Interno deste Tribunal de Contas;

1.3 EXTINGUIR o processo sem resolução do mérito em razão de **ilegitimidade *ad causam***, em relação ao senhor **Sérgio Pinto Correia**, na forma do art. 485, VI, CPC, c/c art. 70, LC 621/2012.

1.4 REJEITAR as razões de justificativas do senhor **Rogério Feitani** – Prefeito Municipal, no exercício de **2013**, em razão do cometimento de infrações dispostas nos **itens 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.5 (referentes aos itens 2.2, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7 da ITC e do voto), condenando-o ao pagamento de multa** no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), referente ao item 1.1 (2.2 da ITC e do voto), R\$ 1.000,00 (mil reais), referente ao item 1.2 (2.4 da ITC e do voto), R\$ 500,00 (quinhentos reais), referente ao item 1.3 (2.5 da ITC e do voto), R\$ 500,00 (quinhentos reais) referente ao item 1.4 (item 2.6 da ITC e do voto) e R\$ 500,00 (quinhentos reais) referente ao item 1.5 (item 2.7 da ITC e do voto), **totalizando R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais)**, com fulcro no art. 135, II da LC 621/2012;

1.5 CONDENAR a Associação Desportiva Botafogo Futebol Clube de Jaguaré, em razão do cometimento das infrações dispostas nos **itens 1.1 e 1.2 (2.2 e 2.4 da ITC e do voto), ao pagamento de multa** no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), referente ao item 1.1 (2.2 da ITC e do voto) e no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), referente ao item 1.2 (2.4 da ITC e do voto), **totalizando R\$ 11.000,00 (onze mil reais)** com fulcro no art. 135, II da LC 621/2012;

1.6 REJEITAR as razões de justificativas do senhor **Pedro Jadir Bonna** – Pregoeiro Oficial, no exercício de **2013**, em razão das irregularidades dispostas nos **itens 1.4 e 1.5 (2.6 e 2.7 da ITC e do voto)**, aplicando-lhe multa no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), referente ao item 1.4 (2.6 da ITC e do voto) e R\$ 500,00 (quinhentos reais), referente ao item 1.5 (2.7 da ITC e do voto), **totalizando 1.000,00 (mil reais)**, com base no art. 135, II, LC 621/2012;

1.7 REJEITAR as razões de justificativas do senhor **Carlos Stevan F. Malacarne** – Procurador Jurídico Municipal, no exercício de **2013**, em razão da irregularidade disposta no item **1.5 (2.7 da ITC e do voto)**, aplicando-lhe multa no valor de **R\$ 500,00 (quinhentos reais)**, com base no art. 135, II, LC 621/2012.

1.8 ARQUIVAR após trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 19/06/2019 – 19ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator), Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

Assim, dessa decisão foi interposto recurso de reconsideração/pedido de reexame pugnando, ao final, pela atribuição de efeito suspensivo a fim de reformar o Acórdão TC 728/2019 quanto à rejeição das razões de justificativas do recorrente em razão do suposto cometimento das infrações dispostas nos itens 2.2, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7 da ITC 3844/2016, contida nos autos do Processo originário.

Conforme trâmites regimentais, os autos foram então remetidos à área técnica para instrução, tendo sido originada a Instrução Técnica de Recurso 127/2020, através da qual concluiu-se no sentido de negar provimento ao Recurso, **mantendo-se incólume o Acórdão TC 728/2019-9.**

Submetido o feito ao conhecimento do Ministério Público Especial de Contas, este, por meio de Parecer tombado sob o nº 1996/2021, manifestou-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo não provimento do mesmo, nos mesmos termos da Instrução Técnica de Recurso 127/2020.

É o relatório.

2. ADMISSIBILIDADE

Inicialmente, verifica-se que a parte é capaz e possui legitimidade processual.

No que toca a este aspecto, acolho a manifestação da área técnica versada na Instrução Técnica de Recurso (ITR) nº 127/2020, cujo teor assim dispôs:

Quanto à tempestividade, verifica-se, de acordo com o Despacho 47787/2019-9, da Secretaria-Geral das Sessões, que **a notificação do Acórdão TC-728/2019**, prolatado no processo TC nº 1750/2014, foi disponibilizada no Diário Oficial 06/082019/**03/2016**, de sorte que o prazo para interposição de Recurso, pela responsável, venceu em **05/09/2019**. Nesse passo, tendo em vista que o expediente recursal foi interposto em **04/09/2019**, tem-se o mesmo como **TEMPESTIVO**, nos termos do art. 408, §5º, do Regimento Interno do TCEES.

No que tange ao cabimento observa-se que a decisão recorrida foi prolatada em sede de processo com natureza de fiscalização, sendo, portanto, impugnável pela via recursal do Pedido de Reexame, a teor do disposto no art. 166, *caput*,¹ da LC 621/2012. Assim, tem-se como equivocada a interposição de Recurso de Reconsideração, havendo, em caso de conhecimento do presente recurso, a necessidade de aplicação da regra da fungibilidade recursal plasmada no art. 399, *caput*,² do RITCEES tendo em vista que ambos tem o mesmo prazo para a interposição que é de trinta dias.

No que tange à regularidade formal, requisito extrínseco de admissibilidade que consiste na necessidade de o recorrente atender às formalidades especificadas na norma de regência para o processamento do recurso interposto, verifica-se o seu atendimento eis que, em cumprimento ao disposto no art. 395, I, III, IV e V, do RITCEES, o expediente recursal foi apresentado por escrito, com a necessária qualificação e identificação do recorrente, contém o pedido, a causa de pedir e o fundamento jurídico.

Lado outro, não se identifica a existência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Desse modo, considerando que se encontram presentes os pressupostos recursais de admissibilidade, **opina-se pelo CONHECIMENTO do presente recurso como Pedido de Reexame.**

¹ (LC 621/2012) Art. 166. Cabe pedido de reexame, com efeito suspensivo, de decisão definitiva ou terminativa proferida em processo de fiscalização e de consulta. (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019)

² (RITCEES) Art. 399. O recorrente não será prejudicado pela interposição de um recurso por outro, desde que respeitado o prazo de interposição do recurso cabível, ressalvados os casos de má-fé ou erro grosseiro.

3. ANÁLISE DAS RAZÕES DE RECURSO

Em síntese, insurge-se o Sr. Rogério Feitani em face do julgamento do **Acórdão 00728/2019-5**, proferido nos autos do **Processo TC 01750/2014-6**, a fim de reformar a conclusão do Acórdão TC 728/2019 quanto à rejeição das razões de justificativas do recorrente em razão do suposto cometimento das infrações dispostas nos **itens 2.2, 2.4, 2.5, 2.6 e 2.7 da ITC 3844/2016**, referentes ao Processo originário.

A fim de tornar mais didática a prolação deste Voto, tratarei dos tópicos impugnados pelo manifestante de forma separada.

Vejam os.

3.1) Ausência De Extratos Bancários Na Prestação De Contas - Convênio 1/2013 -Processo TC 1840/14 (Item 2.2 do Acórdão TC 728/2019).

Em síntese, alega o recorrente que o Acórdão TC 728/2019 concluiu pelo afastamento da irregularidade afeta à inconstitucionalidade do Convênio 112013, após realizar uma interpretação conforme a Constituição.

Desta decisão, foi igualmente afastada, portanto, a condenação ao ressarcimento do montante transferido em favor da Associação Desportiva Botafogo FC de Jaguaré.

Contudo, em que pese a conclusão acima externada, entendeu a Corte de Contas, ao final, pela condenação do manifestante ao pagamento de multas em vista da suposta existência de outras irregularidades advindas da análise do restante da auditoria, como é o caso da ora analisada.

Neste aspecto, e relativamente quanto ao item aqui sob exame, assim se manifestou o Sr. Rogério Feitani:

Contudo, ao tratar da suposta ausência de extratos bancários na prestação de contas do convênio (item 2.2), o acórdão reconheceu a existência da irregularidade, e em que pese tenha afastado o ressarcimento imputado "por entender que, conforme documentação juntada aos autos, os valores foram devidamente investidos no objeto do Convênio nº 01/2013 ", condenou o recorrente ao pagamento da vultosa multa de R\$ 10.000,00, Prefeito de Jaguaré no exercício de 2013.

Data maxima venia, Eminentes Conselheiros, a conclusão do acórdão pela aplicação de multa não se revela razoável e por isso não merece prosperar. Com efeito, o próprio acórdão recorrido registrou a efetiva utilização do recurso no objeto do convênio firmado, com a viabilização da participação do time de futebol no Campeonato Capixaba de 2013:

[...]

Ora, se o acórdão recorrido reconhece a existência de evidências da utilização do recurso no objeto do referido convênio (e diferente não poderia ser, já que foram juntadas aos autos inúmeras provas das despesas realizadas) não se mostra razoável a aplicação de severa sanção pecuniária ao recorrente.

Esse foi, inclusive, o posicionamento deste Eg. Tribunal de Contas em casos similares.

É o que se verifica, por exemplo, no Acórdão TC 573/2013, em que esta Eg. Corte de Contas, mesmo registrando a ausência de documentos obrigatórios do convênio, entendeu pelo afastamento da irregularidade, sem qualquer aplicação de multa, uma vez que não foi prejudicada a análise da prestação de contas, se revelando de aspecto meramente formal:

[...]

Já no Acórdão TC 605/2017, relativo à auditoria realizada no Município de Marechal Floriano, esta Eg. Corte de Contas entendeu que, mesmo sem ter havido a prestação de contas de convênio firmado entre a municipalidade e uma instituição de ensino superior, tendo em vista a comprovação da contra prestação dos serviços a irregularidade foi afastada sem qualquer aplicação de multa. Nesse sentido, confira-se:

[...]

Registra-se que, malgrado o acórdão recorrido trate da ausência de extratos bancários e o julgado acima mencionado (ACÓRDÃO TC-605/2017) diga respeito à ausência da prestação de contas de convênio, é certo que, uma vez comprovada a contraprestação, não deve o gestor ser apenado por um erro meramente formal.

In casu, não há qualquer questionamento acerca da efetiva utilização dos recursos em prol do clube de futebol, nem há indícios de desvio ou de superfaturamento de receitas.

Os recibos juntados à tomada de contas especial, instaurada pelo recorrente enquanto Prefeito do Município, referem-se a gastos com alimentação, farmácia, transporte, uniformes, pagamento de jogadores de funcionários, hospedagem e outros serviços.

Nada disso foge ao objeto do Convênio: há evidente nexo de causalidade entre as receitas e as despesas realizadas no âmbito do Convênio, e isso não pode ser desconsiderado pelo eventual descumprimento de formalidades.

Assim, tal como reconhecido pelo próprio acórdão recorrido, há a efetiva comprovação da utilização da receita em prol do objeto do convênio, de modo que o decisum recorrido deve ser reformado para afastar a responsabilização do recorrente (e, conseqüentemente, afastar a aplicação de multa no montante de R\$ 10.000,00) pelo mero descumprimento de formalidade atinente à apresentação de extratos bancários no Convênio 112013.

Subsidiariamente, ainda que não se entenda pelo afastamento da condenação, o que se considera apenas em respeito ao princípio da eventualidade, deve ser realizada a correta dosimetria da multa aplicada, levando-se em consideração que o art. 388 do Regimento Interno deste Eg. TCEES prevê que, para sua fixação, devem ser observadas, entre outras circunstâncias, o (i) grau de reprovabilidade da conduta do agente, (ii) a gravidade da falta e (iii) o potencial de lesividade do ato para a Administração Pública.

Instada a se manifestar, os técnicos deste Tribunal entenderam, em apertada síntese, pela manutenção da presente irregularidade, considerando que a conduta do manifestante teria sido considerada gravíssima, devendo “*a sanção pecuniária a ser aplicada ao agente público que não providencia a perfeita inteligência do processo de despesa aos órgãos de controle ser altamente severa*”.

Concluem no seguinte sentido:

No presente caso, é nítida a vontade dos julgadores em reprovar a conduta dos responsáveis, que por sinal, foi considerada grave e imposta multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Diante do exposto, opina-se por não prover o recurso, no ponto.

Por fim, no que concerne à dosimetria da penalidade aplicada, entendemos que devem os argumentos expendidos pelo recorrente serem apreciados diretamente pelo órgão julgador, ao qual compete a valoração, dentro dos limites do ordenamento jurídico, da lesividade das condutas em face do interesse público, e não por este Núcleo, responsável, apenas, pela análise técnica das irregularidades apontadas e das razões de defesa apresentadas, em grau recursal.

Tenho, entretanto, que não assiste razão a unidade técnica, em que pese a manifestação elaborada pela mesma após a interposição de recurso, tendo sido ainda encampada pelo Ministério Público.

De fato, verifico que o caso em tela aponta pela existência de falhas ocorridas no âmbito da prestação de contas relativas ao Convênio 01/2013.

Conforme trecho transcrito do Acórdão objurgado, restou assim entendido:

De fato, por todos os argumentos apresentados na ITC 3844/2016, vislumbra-se a existência de irregularidades na prestação de contas do convênio.

Esse inclusive também foi o posicionamento da Comissão de Tomada de Contas Especial - TCE (fls. 425/429 dos autos da TCE):

(...)

Neste sentido, é evidente que a inexistência dos extratos bancários, dentre outras deficiências, demonstra que a prestação de contas do Convênio 01/2013 encontra-se eivada de irregularidades. **Entretanto, não se pode deixar de ter em conta a alegação do senhor Rogério Feitani no sentido de que os valores foram utilizados no objeto do convênio, tendo em vista que o clube participou do campeonato e ficou bem colocado.**

A partir da análise implementada na Instrução Técnica Conclusiva, observa-se a existência de vários documentos atinentes à alimentação, hospedagem e pagamento de jogadores, indicando que os gastos são referentes à participação da Associação Desportiva Botafogo de Jaguaré no campeonato estadual de futebol 2013, conforme alegou o defendente.

No mesmo sentido, na Tomada de Contas realizada pelo município (Processo em anexo), há evidências da utilização dos valores repassados pelo município no objeto do referido Convênio. **Tanto assim que a Comissão da TCE ressalta inexistir a comprovação da existência de**

dano, mas apontando a existência de irregularidades na prestação de contas.

Neste sentido, reconheço a existência da irregularidade, conforme apontado pela área técnica, pelo Ministério Público de Contas e também pela Comissão de Tomada de Contas. Entretanto, afasto o ressarcimento imputado por entender que, conforme a documentação juntada aos autos, os valores foram investidos no objeto do Convênio nº 01/2013.

Do conteúdo acima exposto, advirto que, quanto a temática, qual seja, a existência de irregularidades formais em processo de prestação de contas, **levando-se em consideração as particularidades em torno deste caso**, isto é, a ausência da comprovação de dano ao erário, a existência de conjunto probatório que indica a efetiva utilização dos valores no objeto do convênio, tendo em vista que o clube participou do campeonato e ficou bem colocado, a existência de vários documentos atinentes à alimentação, hospedagem e pagamento de jogadores, indicando que os gastos foram referentes à participação da Associação Desportiva Botafogo de Jaguaré no campeonato estadual de futebol 2013, tudo isso corrobora para que façamos uma análise razoável da conduta perpetrada pelo responsável a fim de se alcançar a justiça esperada de nossas decisões.

É de suma importância que, à luz do princípio da proporcionalidade, se considere, quando da imputação da responsabilidade e apenamento de multa, as seguintes circunstâncias: **grau de reprovabilidade da conduta do agente, a gravidade da falta e o potencial de lesividade do ato para a Administração Pública.**

Neste ponto, é clarividente que, em que pese o procedimento utilizado para a prestação de contas do convênio ter ocorrido de forma um tanto quanto deficitária, restou comprovado que não houve dano ao erário, tendo os valores que foram destinados ao objeto do convênio sido efetivamente utilizados, em vista do conjunto fático-probatório apresentado, o que esgota não só a gravidade da falta cometida como também esvazia-se o potencial de lesividade do ato.

Ora, se o manifestante não foi condenado a pena de ressarcimento, que seria a mais grave de todas, com muito mais razão não deveria ter sido apenado com multa em valor extremamente alto.

É importante que se interprete as circunstâncias que envolvem o caso concreto sob a ótica dos princípios que regem o Direito Administrativo, especificamente quantos aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Impende registrar que os valores atinentes ao Convênio 01/2013 não se encontram fora dos padrões ou desarrazoados.

Assim, o caráter repressivo e preventivo das sanções, que visam a punição e consequente alteração do comportamento do agente só pode ser aplicada àquele que atuou contrariamente à norma, sendo os aspectos subjetivos do tipo e da culpabilidade, bem como as demais circunstâncias do caso serem levados em consideração.

Estando presente acervo fático-probatório que demonstra que houve a utilização concreta dos valores no objeto contratado, ainda que se reconheça a existência de possíveis falhas formais de liquidação que possam ser deficientes à luz do que prescrevem as normas de direito público, entendo que estas não são suficientes para condenar o responsável em multa na quantia determinada, no que toca, especificamente a este caso concreto. Nem mesmo vislumbro que a conduta do agente enseje a aplicação de multa, diante das circunstâncias apresentadas, entendendo melhor pela expedição de recomendação.

Assim sendo, seguindo linha de raciocínio já adotada por mim em votos anteriores (ex.: Processo TC 2836/2016), considerando que uma má liquidação de despesas não é o suficiente para afirmar o dever de apenamento a depender do caso, acolho as justificativas do recorrente e afasto a aplicação de multa, entendendo pela aplicação de **RECOMENDAÇÃO** para que nas prestações de contas futuras haja o detalhamento necessário com clareza de informações esperada, conforme os mandamentos legais.

3.2 Ausência De Designação De Fiscal Do Convênio (Item 2.4 do Acórdão TC 728/2019)

Aduz o recorrente que, em virtude da ausência de designação de fiscal para o Convênio 01/2013, o Acórdão recorrido concluiu pela condenação do mesmo ao pagamento de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais), em vista do descumprimento do art. 67 da Lei 8.666/93.

Apesar de admitir que, de fato, não teria havido a designação de fiscal para o Convênio, afirma que a irregularidade não teria o condão de macular o efetivo

alcance do objeto do pacto firmado, de modo que não considera ser razoável a aplicação de multa a sua pessoa.

Instados a se manifestar, a equipe técnica entendeu pelo não acolhimento das razões do recorrente, manifestando-se pela manutenção do Acórdão, nos seguintes termos:

A designação do fiscal do convênio para acompanhamento e fiscalização o objeto conveniado é de suma importância para a aferição do adequado cumprimento do objeto do Convênio, bem como das obrigações impostas ao Conveniente. Assim, a sua ausência importa em potencial risco ao erário.

Ademais, a designação do fiscal do contrato prevista no art. 67 da Lei 8.666/93 é norma cogente, não cabendo qualquer juízo de oportunidade conveniência do gestor em nomear ou não o fiscal.

No presente caso, **em que pese o Acórdão 728/2019 ter afastado o dano ao erário, por entender que o objeto do convênio foi executado**, ficou claramente evidenciadas uma série de irregularidades a prestação de contas, que, poderiam ter sido evitadas acaso houvesse sido nomeado o fiscal do convênio.

Em relação aos precedentes desta Corte, invocados pelo Recorrente, vale ressaltar que há também posição em sentido contrário, como se infere do Acórdão 327/2016, da Primeira Câmara, em que houve aplicação de multa em razão da ausência de designação do fiscal em convênio.

Como bem asseverado pela equipe de auditores, o recorrente trouxe aos autos jurisprudência desta Corte de Contas se manifestando no sentido de que, havendo a demonstração de execução do serviço e de que a falta de fiscal de contrato não tenha contribuído para má qualidade dos serviços, a irregularidade afeta à ausência de fiscal não teria o condão de macular as contas do gestor.

Para isso, mencionam o ACÓRDÃO TC 295/2015- PLENÁRIO; Processo TC-6828/2010, Conselheiro Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Acórdãos TC 1018/2017 - SEGUNDA CÂMARA, Processo TC-5610/2011, Conselheiro Relator Domingos Augusto Taufner e TC 879/2014 - PRIMEIRA CÂMARA, de relatoria do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun.

Diante dos fatos expostos, é necessário considerar que o caso concreto deve ser tratado sob a égide do direito como um todo e não somente sob o comando de uma regra aplicada isoladamente.

Melhor explicando, tem-se que uma análise mais detalhada do sistema jurídico impõe a atenção a vários tipos de normas, que não decorrem pura, simples e exclusivamente da lei em sentido estrito, mas também de **princípios** que

preenchem esse sistema, integrando-o e exercendo a sua função normativa, já reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátria.

Vale dizer, os princípios também são normas e, por isso mesmo, devem ser aplicados no caso concreto juntamente com as regras já estabelecidas em leis e outros diplomas normativos, moldando-as e lhes dando o devido suporte.

Essa breve consideração guarda a devida pertinência na medida em que, admitida a inegável necessidade de atenção e respeito à dinâmica jurídica de subsunção dos fatos às regras já previamente estabelecidas, cabe aos princípios gerais de direito, assim como aqueles outros que são inerentes a ramos específicos do direito, elidir excessos e também pequenos deslizes, caracterizados pelo seu caráter irrisório e insignificante.

Neste sentido operam os **princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**.

No presente caso, o recorrente, muito embora tenha incorrido em irregularidade formal quando da falta da designação do fiscal do contrato, conseguiu comprovar a efetiva aplicação dos recursos e ausência de qualquer dano ao erário, tendo o objeto do convênio sido, de fato, executado.

Diante do exposto, filiando-me ao entendimento externado ACÓRDÃO TC 295/2015- PLENÁRIO; Processo TC-6828/2010, Conselheiro Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Acórdãos TC 1018/2017 - SEGUNDA CÂMARA, Processo TC-5610/2011, Conselheiro Relator Domingos Augusto Taufner e TC 879/2014 - PRIMEIRA CÂMARA, de relatoria do Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, **ACOLHO** as justificativas do Recorrente a **fim de afastar a aplicação de multa imputada**.

Neste sentido, tenho que o melhor entendimento **seja pela expedição de RECOMENDAÇÃO** para que, nas próximas contratações, seja designado, de maneira formal e de acordo com os ditames legais, a designação de fiscal do contrato.

3.3 Ausência De Pesquisa De Mercado - Convênio 1/2013 -Processo TC 1840/14 (Item 2.5 do Acórdão TC 728/2019)

Informa o manifestante que o Acórdão recorrido também o condenou ao pagamento de multa no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais) em decorrência da

irregularidade afeta à ausência de pesquisa de mercado para as compras realizadas pelo Botafogo Futebol Clube de Jaguaré com recursos do convênio 01/2013.

Pugna, contudo, pelo afastamento da irregularidade afirmando:

É de conhecimento geral que a pesquisa de mercado está expressamente prevista no artigo 43, IV, da Lei Nacional nº 8.666/93 e que essa cotação prévia, nos autos do processo licitatório, constitui a segurança de que o agente público vai seguir critérios objetivos ao fixar os preços de referência e julgar as propostas, evitando fraudes e superfaturamentos.

Ocorre, Eminentes Conselheiros, que o presente caso não trata da pesquisa de mercado no curso de procedimento licitatório. A pesquisa de preços de que trata o acórdão recorrido é um tanto quanto diferente: refere-se à cotação que o clube, enquanto beneficiário da receita proveniente do convênio, supostamente deveria ter realizado para contrair despesas.

Com efeito, para análise da dita irregularidade deve-se olhar, mais uma vez, para o escopo do convênio firmado, bem como para a inconteste destinação dos recursos recebidos e, assim o fazendo, a conclusão necessariamente será pelo afastamento da irregularidade.

A valer, os valores recebidos pelo clube de futebol foram utilizados não apenas para o pagamento dos jogadores, equipe técnica, e prestadores de serviço, mas também para a alimentação, gastos com deslocamento, compra de materiais esportivos e produtos de limpeza, etc.

Sendo o Município de Jaguaré uma cidade do interior do Estado, em que, evidentemente, não há uma variedade de fornecedores, e sabendo-se que, na maioria das vezes, as compras desses itens tinham que ser feitas de forma imediata (o campeonato de 2013 já estava em andamento quando o convênio foi assinado, em 15/02/2013), não é razoável exigir que antes de cada compra fosse realizada a cotação de cada item necessário à manutenção do clube.

É, pois, incontroverso que o recurso deveria ser totalmente revertido em gastos afetos ao objetivo do convênio, como de fato o foi, e que, por se tratar de um recurso público, sua utilização deve ser pautada nos princípios da economicidade e da impessoalidade.

Contudo, é igualmente incontroverso que fere o princípio da eficiência e da razoabilidade a exigência de realização de pesquisa de mercado para realização de gastos de um time de futebol do interior do Estado, em um campeonato que durou cerca de 4 (quatro) meses -- o Campeonato Capixaba de 2013 teve início em janeiro de 2013 e terminou em maio de 2013.

Para além disso, destaca-se que não foi registrado pela área técnica qualquer indício de pagamento de valores exorbitantes a indicar a existência de superfaturamento ou mesmo direcionamento para determinado fornecedor.

Diante do exposto, é que se requer o afastamento da irregularidade afeta à ausência de pesquisa de mercado.

No que toca a este ponto, a área técnica opinou pelo não provimento do recurso, assim se manifestando:

Conforme apontado na Instrução Técnica Inicial 1085/2014, a Associação Desportiva Botafogo de Jaguaré realizou compras com recursos públicos, durante o período de janeiro a maio/13, no Supermercado Sartori Ltda, no valor de R\$ 24.248,11 e no Minimercado Santa Marta Ltda., no valor de R\$ 27.966,61, sem, contudo, realizar pesquisa de preços.

Também se destacou que foi realizada a compra de material esportivo no valor de R\$ 8.390,00 e de locação de veículos no valor de R\$ 27.595,62,

tudo adquirido com recursos públicos e também sem a realização de pesquisa de mercado.

Em que pese os argumentos tecidos pelo Recorrente, entende-se que razão não lhe assisti, conforme se passa a expor.

Sobre a necessidade de que entidades privadas realizem pesquisa de preços, a Instrução Técnica Conclusiva ITC 3844/2016 trouxe o seguinte entendimento do Tribunal de Contas da União, o qual corroboramos:

As entidades sem fins lucrativos deverão realizar, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, que deverá ser realizada por intermédio do Siconv. Não se exige dessas entidades a observância das disposições contidas na Lei de Licitações e Contratos administrativos. (Manual de Convênios e Outras Despesas)

Nesse sentido, destacam-se novamente as seguintes decisões do TCU:

Acórdão 2922/2013 – Plenário, Rel. José Jorge

Não se impõe às entidades privadas que celebram convênios com o poder público a realização de licitação nos moldes da Lei 8.666/93, mas devem tais entidades adotar procedimentos análogos, que atendam aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, previstos na Constituição Federal.

Acórdão 5460/2011 – Segunda Câmara, Rel. Aroldo Cedraz

A aplicação integral da Lei 8.666/1993 não é exigência para convênios firmados com particulares; porém não desobriga esses convenientes da observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência na gestão dos recursos públicos. É necessária a utilização de procedimento análogo à licitação ou a realização de simples pesquisa de preços de mercado para justificar as aquisições efetuadas.

Assim, mesmo se tratando de entidade sem fins lucrativos, considerando a necessidade de atendimento aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, deveria ter-se procedido à cotação prévia de preços, haja vista que todos os itens foram adquiridos com recursos públicos.

Acerca da alegação de que no Município de Jaguaré não há uma variedade de fornecedores, e que, na maioria das vezes, as compras desses itens tinham que ser feitas de forma imediata entende-se não socorrerem o recorrente, haja vista que, conforme apontado na ITI 1085/2014, havia, sim, outros estabelecimentos comerciais aptos a fornecer os produtos adquiridos. Ademais é dever de todo aquele que gere recursos públicos planejar adequadamente as aquisições, de modo a evitar desperdícios e superfaturamentos.

De se destacar, ainda, que na análise da presente irregularidade, o fato de todo o recurso repassado ter sido revertido em gastos afetos ao objetivo do convênio em nada interfere na verificação da sua ocorrência, pois o que a cotação de preços procura garantir é que as aquisições sejam feitas em conformidade com os preços praticados no mercado. Assim, mesmo que todos os bens adquiridos tenham se revertidos para a consecução do objeto do Convênio, não havendo uma cotação previa de preços, não poderá o gestor afirmar que os preços pagos estavam compatíveis com os de mercado.

A cotação prévia de preços é um dos passos fundamentais do planejamento de qualquer aquisição feita com recursos públicos, por isso, ela não deve ser encarada como uma mera formalidade.

Em vista de perfilhar do mesmo entendimento exposto na Instrução Técnica de Recurso 127/2020, cuja fundamentação passa a fazer parte integrante deste voto, e sem a necessidade de maiores comentários, rejeito as justificativas do recorrente, entendendo pela manutenção do Acórdão, quanto a este ponto.

3.4 Inclusão De Exigências Restritivas À Competitividade - Pregão Presencial 27/2013 (Item 1.1.4 do Acórdão TC 728/2019) e Pregão Presencial 35/2013 - Processo N° 120.334/13 (item 1.1.5 do Acórdão TC 728/2019)

O Recorrente foi condenado ao pagamento de duas multas no valor R\$ 500,00 (quinhentos reais), referentes à suposta restrição de competitividade no Pregão Presencial 27/2013, com a inclusão de exigência de inscrição no CRA para participação no certame e no Pregão Presencial 35/2013, pela inclusão de exigências "*de que o profissional de segurança fizesse parte do quadro permanente é restritiva à competição*".

Neste sentido, manifesta-se nos seguintes termos:

Não obstante a conclusão do acórdão recorrido tem-se que, além do fato dos requisitos editalícios efetivamente não terem restringido a competitividade dos certames, ambos editais só foram veiculados com as ditas exigências após a emissão de pareceres da Procuradoria do Município de Jaguaré opinando pelo prosseguimento dos certames nos termos em que se encontravam.

Com efeito, antes de deflagrar as licitações, os editais foram devidamente encaminhados à d. procuradoria municipal para análise, que registrou expressamente, nos dois casos, a ausência de irregularidades nos instrumentos convocatórios, e em seguida opinou pelo prosseguimento dos certames (doc. 01):

[...]

Veja-se que o recorrido, enquanto Prefeito, agiu com cautela ao encaminhar os editais à d. Procuradoria Municipal para consulta da legalidade. Havendo manifestações do referido departamento jurídico pela inexistência de irregularidades, não há como se conceber que o gestor adotasse postura diversa a de deflagrar os procedimentos nos termos dos editais analisados. Destaca-se que, em casos congêneres, em que houve o apontamento de pretensas irregularidades em editais que passaram pela análise dos órgãos de assessoramento jurídico, este Eg. TCE-ES deixou de apenar o gestor; senão vejamos:

"(...) As irregularidades apontadas que foram mantidas e que supostamente ensejariam a aplicação de multa são as seguintes:

- 1 -Exigência de atestado de capacidade técnica juntamente com cópia do respectivo contrato e notas fiscais;
- 2 -Exigência de currículos e comprovação de vínculo empregatício da equipe técnica responsável pelos trabalhos
- 3 -Exigência de apresentação no Balanço Patrimonial de índices contábeis e valores de referências sem a competente justificativa.

Observa-se das irregularidades 1 e 2, que as mesmas dizem respeito a qualificação técnica, opinando o corpo técnico desta corte pela inaplicabilidade de multa haja vista o gestor ter concluído o processo licitatório amparado pelo Parecer da PGE que anuiu pela legalidade da minuta.

Nesse contexto, não seria louvável que se exigisse do gestor conduta diversa da por ele praticada, visto que, obrigatoriamente a minuta do certame passou por uma análise técnico-jurídica e a autoridade seguiu estritamente a orientação firmada por àquele a quem compete examinar e aprovar a legalidade da minuta.

Ora, o que se espera da conduta do homem médio, em especial, daquele gestor que não detém formação jurídica é que siga a orientação contemplada no Parecer Jurídico, se a lei entendeu essa análise e aprovação como obrigatória, consoante se verifica da redação do parágrafo único do art. 38 da Lei 8666/931.

Nessa condição, diante até mesmo da inaptidão técnica acerca da matéria, não vislumbro a possibilidade do gestor em refutar ou divergir da análise realizada pela PGE.

Por tais razões, embora possa restar presente a irregularidade que fora mantida dentre os requisitos constantes da licitação realizada, diante da ausência de prejuízo, bem como diante da ausência de má-fé, acompanho a área técnica e DEIXO de aplicar multa ao gestor." (ACÓRDÃO TC-842/2017 -PLENÁRIO PROCESSO -TC-9070/2013; Conselheiro Relator DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER)

E sendo assim, calha registrar que TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO entende que a responsabilização do gestor que age com base em parecer técnico (incluindo o jurídico) deve estar fundamentada em prova concreta e objetiva de que o parecer apresentava falhas perceptíveis por qualquer administrador de conhecimento mediano, especialmente, quando emitido no exercício regular das funções do parecerista e não por delegação de competência (Acórdão nº 10.642/2015) o que não ocorre no presente processo.

Nesse sentido, vale transcrição da acertada lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

[...]

O posicionamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO é o de que, se o parecer "defende tese aceitável, não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer".

E, nessa linha, JOÃO CARLOS MACÊDO MONTEIRO entende que a consulta feita à Procuradoria Jurídica demonstra o profissionalismo do administrador, de modo que, atuando dessa forma, está procurando se "resguardar pessoalmente e proteger o ato final da seara da ilegalidade."

Aduz este autor:

[...]

Sobre o mesmo tema, assim se pronunciou o Col. Superior Tribunal de Justiça em voto-vista do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, em julgamento do Recurso Especial nº 827.445 -SP (trecho citado, inclusive, no Acórdão TC-818/2014 da Primeira Câmara deste Eg. TCEES):

[...]

No presente caso, o encaminhamento dos editais à área jurídica visou justamente garantir a legalidade dos procedimentos licitatórios que seriam deflagrados e não o contrário, não sendo, dessa forma, possível responsabilizar o gestor público pelos atos decisórios praticados em consonância com possibilidade jurídica ventilada em pareceres.

Assim, uma vez verificado que o recorrente agiu com diligência nos dois procedimentos licitatórios, primeiro ao encaminhar o edital para a d. Procuradoria Municipal verificar a legalidade do instrumento convocatório, e, segundo, ao agir DE ACORDO com os pareceres que opinaram expressamente pelos prosseguimentos dos feitos tal como se encontravam, não há que se falar em qualquer responsabilização do recorrente, devendo também, nestes pontos, ser reformado o v. acórdão.

A área técnica entende, em síntese, pelo não acolhimento das razões do recurso, concluindo que, embora o Recorrente alegue que as irregularidades cometidas estariam respaldadas em diretrizes determinadas no parecer técnico, entenderam os auditores que a matéria não envolvia conteúdo eminentemente técnico, que fosse capaz de ir além de margem de conhecimento do responsável.

Em que pese o posicionamento adotado pela área técnica, encampado pelo Ministério Público de Contas, entendo que razão assiste à defesa pelos fatos e fundamentos que passo a expor.

Conforme se verifica, o recorrente, adotando conduta diligente, encaminhou os editais à Procuradoria Municipal para consulta de sua legalidade e emissão de parecer.

Neste aspecto, houve manifestação jurídica pela inexistência de irregularidades, conforme se verifica através dos Pareceres anexados na peça recursal.

Entendo, portanto, que não há como se conceber que o manifestante adotasse postura diversa daquela manifestada pela Procuradoria, vez que respaldada de conhecimento técnico para a aferição da existência, ou não, de irregularidades.

Vejo que o responsável atuou acreditando estar sob aparente manto da legalidade, levando-se em consideração o conteúdo contido nos pareceres jurídicos apresentados.

Ademais, atuou com o dever de cuidado esperado de um gestor, ao submeter as licitações ao crivo da Procuradoria do Município, o que corrobora ainda mais para a sua preocupação em atuar de forma proba e responsável.

Assim sendo, não seria justo, nem muito menos razoável, que se condenasse o responsável pela prática de um ato que teria feito acreditando estar de acordo com o que regem os mandamentos legais.

Em vista dos fatos acima mencionados e lavando-se em consideração a existência de pareceres jurídicos atestando a legalidade do certame, **acolho as razões do recorrente**, afastando sua responsabilidade, no que toca a presente irregularidade.

Ante o exposto, divergindo parcialmente da área técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que o colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação que submeto à consideração.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-742/2021 – 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. CONHECER o presente Recurso de Reconsideração **como Pedido de Reexame**, conforme termos deste Voto;

1.2. DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Pedido de Reexame, a fim de **REFORMAR** o Acórdão 728/2019, Processo TC – 1750/2014, no que toca aos seguintes itens:

1.2.1. ACOLHER as justificas do Recorrente quanto ao item 2.2 - **do Acórdão TC 728/2019 - Ausência De Extratos Bancários Na Prestação De Contas - Convênio 1/2013 - Processo TC 1840/14, AFASTANDO a aplicação da pena de multa, RECOMENDANDO** para que nas prestações de contas futuras haja o detalhamento necessário com clareza de informações esperada, conforme os mandamentos legais;

1.2.2. ACOLHER as justificas do Recorrente quanto ao item 2.4 do **Acórdão TC 728/2019 - Ausência De Designação De Fiscal Do Convênio, afastando a aplicação de multa e RECOMENDANDO** para que, nas próximas contratações, seja designado, de maneira formal e de acordo com os ditames legais, a designação de fiscal do contrato;

1.2.3. REJEITAR as justificas do Recorrente quanto ao item **Item 2.5 do Acórdão TC 728/2019 - Ausência De Pesquisa De Mercado -Convênio 1/2013 - Processo TC 1840/14**, mantendo-se incólume o Acórdão;

1.2.4. ACOLHER as justificas do Recorrente quanto ao item **Item 1.1.4 do Acórdão TC 728/2019 - Inclusão De Exigências Restritivas À Competitividade - Pregão Presencial 27/2013 e item 1.1.5 do Acórdão TC 728/2019 - Pregão Presencial 35/2013 -Processo N° 120.334/13, AFASTANDO** sua responsabilidade;

1.3. Manter os demais itens do Acórdão 728/2019, Processo TC – 1750/2014;

1.4. Dar ciência ao interessado.

1.5. Arquivar os autos após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que divergiu, divergiu, acompanhando os pareceres técnico e ministerial.

3. Data da Sessão: 17/06/2021 - 30ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro Substituto: João Luiz Cotta Lovatti (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO LUIZ COTTA LOVATTI

Em substituição

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões