

**ACÓRDÃO TC-1836/2015 - PLENÁRIO**

- PROCESSO** - TC-1804/2011 (APENSO TC 1278/2011)  
**JURISDICIONADO** - CÂMARA MUNICIPAL DE ARACRUZ  
**ASSUNTO** - PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL  
**RESPONSÁVEIS** - GILBERTO FURIERI, HELBER ANTONIO VESCOVI,  
RENATA AQUILINO TAVARES, CARLOS AUGUSTO CALVI  
COSTALONGA, EUDES GOMES ROSALINO, WILZA MARA  
DUARTE MACEDO BIANCHINI, CARLOS ROBERTO  
BERMUDES ROCHA, SELMA SILVA RAMALHO,  
ALEXSANDRO SEGAL  
**ADVOGADO** - PABLO DE ANDRADE RODRIGUES (OAB/ES 10.300)

**EMENTA**

**PRESTAÇÃO DE CONTAS ANUAL - EXERCÍCIO DE 2010 -  
1) REGULAR - QUITAÇÃO - 2) REGULAR COM RESSALVA -  
QUITAÇÃO - 3) DETERMINAÇÕES - 4) ARQUIVAR.**

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

**1 RELATÓRIO**

Cuidam os presentes autos da Prestação de Contas Anual e do Relatório de Auditoria Ordinária da Câmara Municipal de Aracruz, referentes ao exercício de 2010, sob a responsabilidade do senhor Gilberto Furieri, Presidente da Câmara Municipal, e demais gestores acima elencados.

**1.1 Prestação de Contas Anual - Processo TC 1804/2011**

A prestação de contas da Câmara Municipal de Aracruz foi devidamente encaminhada na data de 31 de março de 2011, através do ofício OF DFC/CMA Nº 038/2011, protocolo 003225 (fls. 01/198), estando, portanto, dentro do prazo regimental, consoante art. 105, da Resolução TC nº 182/02.

A análise técnica formalizada pela 6ª Secretaria de Controle Externo na **Instrução Contábil Conclusiva ICC 25/2011** (fls. 201/209), registrou a regularidade das contas no que tange ao aspecto técnico-contábil e o atendimento aos limites constitucionais e legais, nos termos já transcritos no Relatório do Voto constante às fls. 298/303.

## **1.2 Relatório de Auditoria (Processo TC 1278/2011 - em apenso)**

Trata-se do Relatório de Auditoria Ordinária da Câmara Municipal de Aracruz, referente ao exercício de 2010, sob a responsabilidade do senhor Gilberto Fureri – Presidente da Câmara Municipal.

Em cumprimento ao **Plano de Auditoria 11/2011** (fls. 01/03), foi elaborado o **Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 60/2011** (fls. 04/23 com documentos de suporte às fls. 24/383), cujos indícios de irregularidades foram apontados na **Instrução Técnica Inicial ITI 149/2012** (fls. 385/396), sugerindo a citação dos responsáveis.

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram suas justificativas às fls. 422/835.

Ato contínuo, a análise dos argumentos de natureza contábil e dos atos de gestão foi consolidada nos presentes autos (PCA) mediante a Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013 (fls. 235/287), corroborando o entendimento apresentado pela **ICC nº 25/2011** pela regularidade das contas no aspecto técnico-contábil, mas opinando pela manutenção das seguintes inconsistências apontadas em auditoria:

**4.1.3.1 Gratificação indevida por participação em CPL**

**Base Legal:** artigo 37, caput, e X, da CF/88 c/c o art. 101, parágrafo único, 103, 104, parágrafo único, da Lei 2.898/06 (Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz)

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

**Ressarcimento:** R\$ 192.793,54, correspondente a 89.225,98 VRTE.

**4.1.3.2 Ausência de fiscal do contrato**

**Base legal:** artigo 67, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal.

**4.1.3.3 Ausência de repetição do certame – Convites 05/10 e 06/10**

**Base legal:** artigo 3º, e 22, §7º, da Lei 8.666/93

**Responsáveis:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal  
Renata Aquilino Tavares – Presidente da CPL  
Carlos Augusto Calvi Costalonga – Presidente em substituição  
Eudes Gomes Rosalino – Membro da CPL  
Wilza M. D. Macedo Bianchini – Membro da CPL  
Carlos Roberto Bermudes Rocha – Membro da CPL  
Selma Silva Ramalho – Membro da CPL  
Alexsandro Segal – Membro da CPL.

**4.1.3.4 Ausência de interesse público e de motivação**

**Base legal:** artigos 32, caput e 45, § 2º, da Constituição Estadual

**Responsáveis** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal  
Helber Antônio Vescovi – Procurador Municipal

**Ressarcimento:** R\$ 59.150,00 ou 29.465,97 VRTE.

**4.1.3.5 Ausência de controle de frota e falta de regular liquidação da despesa com combustível**

**Base legal:** art. 37, caput da CF /88 e art. 32, caput, da CE/89, c/c o art. 62 e 63 da Lei 4.320/64

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

**Ressarcimento:** R\$ 23.187,49 equivalente a 11.551,00 VRTE.

**4.1.3.6 Ausência de quantitativo necessário do objeto**

**Base legal:** artigo 15, §7º, II, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

Em seguida, o Ministério Público de Contas emitiu a **Manifestação MMPC 4643/2013** (fl. 290), da lavra do Excelentíssimo Procurador de Contas Luís Henrique

Anastácio da Silva, corroborando o entendimento exarado na Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013.

Tendo o processo integrado a pauta de julgamento da 27ª Sessão Ordinária de 2014 do Plenário desta Corte de Contas, os senhores Gilberto Furieri, Presidente da Câmara, e Carlos Roberto Bermudes Rocha, Presidente da CPL, produziram sustentação oral (**Notas Taquigráficas** às fls. 306/313 e **Memoriais** às fls. 315/410), razão pela qual os autos foram reencaminhados à área técnica para análise.

Mediante a **Manifestação Técnica de Defesa MTD 26/2014** (fls. 413/419), a área técnica registrou que os elementos suscitados na sustentação oral pelos senhores Gilberto Furieri e Carlos Roberto Bermudes Rocha não alteraram as conclusões havidas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013, corroborando as razões, fundamentos e conclusões desta.

Da mesma forma, o Ministério Público de Contas reiterou seu entendimento pela rejeição das contas da Câmara Municipal de Aracruz relativa ao exercício de 2010 (**Parecer PPJC 342/2015** - fls. 422/423).

**É o relatório.**

## **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 à **preliminar de ilegitimidade passiva** do senhor Helber Antônio Vescovi (item 3.1.1.1) e **itens 3.1.1.3 e 3.1.1.4**, 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 3950/2013**, abaixo reproduzida:

### **3.1.1 Análise das irregularidades apontadas na ITI 149/2012**

### **3.1.1.1 Preliminar de Ilegitimidade Passiva do Sr. Helber Antônio Vescovi, Parecerista Jurídico**

Preliminarmente, o Sr. Helber Antônio Vescovi, Procurador da Câmara do Município, alegou que o advogado tem a prerrogativa de manifestar de forma independente e livre, em cumprimento ao § 3º do art. 2º da Lei n 8.906/94, sendo inviolável profissionalmente (art. 22, §3º. Lei 8906/94). Afirmou que ao emitir os Pareceres Jurídicos quanto ao objeto do Convite 02/2010 e à aquisição de vale-transporte, não cometeu nenhum ato de improbidade administrativa, sendo certo que pareceres são atos enunciativos, e não atos de autoridade de cunho decisório.

Aduziu que possui função meramente consultiva, não tendo praticado atos de manifesta ilegalidade ou caracterizados pela má-fé ao dever legal de apontar os vícios consistentes no ato administrativo a ser praticado.

Lembrou que o advogado, tanto na função pública como na privada é indispensável à Administração da Justiça, conforme art. 133, da CF. Em virtude disso, o ordenamento jurídico lhe confere privilégios e imunidades, a fim de garantir sua autonomia e independência.

Sendo independente para manifestar sua opinião técnica, não pode ser punido ao fazê-lo, eis que isso seria uma contradição inaceitável do sistema. Advertiu que o parecer é mero ato opinativo, não vinculativo, salvo se encampado pela autoridade superior, ou seja, se aprovado pela autoridade com atribuições decisórias para tal.

Citou o Mandado de Segurança nº 24.973/DF do Supremo Tribunal Federal, ressaltando que o parecer emitido por procurador não é ato administrativo, mas sim opinião técnica-jurídica. Portanto, não se pode punir os pareceristas, porque a boa-fé se presume, os fins não se justificam pelo emprego de quaisquer meios e porque o Tribunal de Contas não tem competência para imputar responsabilidade ao advogado público, por expressa limitação constitucional.

Demais disso, o responsável pelas contas seria o ordenador de despesas, segundo DL 200/67, e não o advogado, que só é atingido se ficar demonstrado dolo ou culpa grave, sendo incabível sua responsabilização por mero equívoco de opinião.

Aduziu que responsabilizar o advogado público pela emissão de sua opinião seria despautério semelhante ao de responsabilizar juiz por sentença, causadora de dano ao erário, posteriormente reformada em instância superior.

Afirmou, ainda, que “a defesa da coisa pública, enquanto interesse público primário, não se efetiva por meio de argumentos descabidos, retóricos e sem observar limitações constitucionais”.

Por fim, trouxe artigo de Roberto Wagner Lima Nogueira, intitulado “O Advogado Parecerista E A Lei de Improbidade Administrativa”, às fls. 721/730, e reiterou sua observância aos princípios administrativos em sua atuação.

### **Análise**

Pretende o justificante sua exclusão do polo passivo da presente demanda fiscalizatória, aduzindo que os pareceres jurídicos que emitiram possuem natureza meramente opinativa, não vinculando a decisão a ser tomada pelo Administrador. Em que pese haver grande controvérsia doutrinária acerca da possibilidade ou não de responsabilização do parecerista jurídico, mormente no âmbito jurídico-administrativo, **na hipótese, temos que as circunstâncias e consequências em que se deram os fatos autorizam sua inclusão no polo passivo**, ainda que, no mérito, venha a ser afastada sua responsabilidade.

Inicialmente, há que se registrar que conforme determinação contida no art. 131, *caput* e § 2º c/c art. 132, ambos da Constituição Federal de 1988, os Procuradores Públicos (advogados públicos) deverão ser investidos no cargo mediante aprovação em concurso público de provas e títulos e sua atribuição é de representação judicial e extrajudicial do Ente Federado e dos órgãos da administração indireta e subsidiárias, além de assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo.

Por outra vertente, nota-se que conforme disposto no art. 133, da Constituição Federal de 1988, “*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*”.

Destarte, o comando Constitucional se repete no art. 2º, § 3º, da Lei Nacional nº 8.069/94<sup>1</sup>, conhecida como Estatuto da Advocacia, e, ainda, no Parágrafo Único do art. 5º, da Lei Complementar Estadual nº 621/2012<sup>2</sup>.

Assim, de plano, podemos concluir que a própria Constituição Federal de 1988 faz expressa distinção entre os “advogados públicos”, que são os Procuradores da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e, por simetria, dos Municípios e entidades da administração indireta, previstos e regulamentados no Capítulo IV, Seção II, art. 131 e art. 132, e os “advogados” que atuam no âmbito privado, conforme previsão contida na Seção III, do mesmo Capítulo IV, da Constituição Federal de 1988, haja vista estarem, via de regra, submetidos a regimentos jurídicos diversos (público e privado).

Contudo, importante registrar que referidos dispositivos Constitucionais e infraconstitucionais não contemplam aqueles que emitem pareceres técnico-jurídicos que não sejam advogados ou procuradores federais, estaduais ou municipais devidamente investidos nos respectivos cargos públicos mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, e, ainda, aqueles profissionais que também emitem pareceres técnicos no âmbito administrativo, a exemplo dos engenheiros, contadores etc.

---

<sup>1</sup> Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

<sup>2</sup> Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange:

(...)

XVII - os responsáveis pela elaboração dos editais de licitação e dos convites, os participantes das comissões julgadoras dos atos licitatórios, os pregoeiros, bem como os responsáveis e ratificadores dos atos de dispensa ou inexigibilidade.

Parágrafo único.. Excetuam-se do disposto no inciso XVII deste artigo os atos e manifestações dos advogados públicos submetidos à Lei Federal nº 8.906, de 04.7.1994, em face da disposição contida no § 3º do seu artigo 2º.

Destarte, a prerrogativa de usar a denominação “advogado” e o exercício da advocacia no território brasileiro é privativa daqueles profissionais regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, incluindo os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional, a teor do disposto no art. 3º, e § 1º, da Lei 8.906/94<sup>3</sup>.

Neste contexto, observa-se que a denominação de “advogado público” está estritamente afeta aqueles profissionais integrantes dos cargos e empregos públicos de carreira dos Entes Federados e órgãos públicos da administração indireta e fundacional, regularmente investidos por meio de concurso público de provas e títulos, a teor do disposto no art. 131 e § 2º c/c art. 132, ambos da Constituição Federal de 1988 e no art. 3, §1º, da Lei Nacional nº 8.906/94.

Assim, o disposto no art. 5º, Parágrafo Único, da Lei Complementar nº 621/2012, não se aplica àqueles que prestam assessoria jurídica ao Poder Público cujas contratações/investidura não tenham sido feitas na forma determinada no art. 37, inc. c/c art. 131, § 2º e art. 132, todos da Constituição Federal de 1988. Esclarece o ponto o voto do d. Conselheiro em substituição Marco Antônio da Silva, no processo TC 6027/2012:

Como é cediço, o advogado quando está na condição de assessor jurídico, ao exarar um parecer em processo administrativo, se sujeita à responsabilização civil, administrativa e penal, conforme a natureza da norma jurídica que a regulamenta.

Desta forma, uma mesma conduta pode configurar um ilícito civil, administrativo e penal, com as respectivas imputações de responsabilidades, em razão da independência das instâncias, exceto quando houver absolvição na esfera penal por inexistência do fato ou negativa de autoria, hipótese em que não poderá existir condenação na esfera civil ou administrativa.

De se esclarecer que o advogado quando investido em cargo ou função pública sujeita-se às mesmas regras de responsabilidade, relativas ao servidor em geral, com direitos e deveres prescritos no Regime Jurídico estatutário.

O Parecer constitui-se em ato administrativo e, como, tal possui os chamados requisitos de validade, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Desta maneira, o parecerista sempre deverá ser responsabilizado solidariamente ao gestor quando o seu parecer não estiver fundamentado, não defender tese aceitável ou, ainda, não estiver apoiado em doutrina e jurisprudência relevante, sendo seu posicionamento determinante para a execução do ato que acabou por gerar prejuízos ao interesse público.

---

<sup>3</sup> Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),  
§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.



Além disso, ainda que as ações dos gestores não dêem ensejo a dano ao erário, havendo comprovação de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, aos responsáveis podem ser impostas sanções pela Corte de Contas, tais como a aplicação das multas pecuniárias previstas na LC de nº 621/2012, conforme já decidiu o TCU, *literris*:

Ademais, há que se registrar que **dentre os atos administrativos descritos no inc. XVII, do referido art. 5º, da Lei Complementar nº 621/2012 não estão compreendidos aqueles praticados pelo advogado público** ou mesmo que possuam natureza de ato privativo de advogado, **de modo que a regra do parágrafo único do mesmo art. 5º, da LC nº 621/2012 mostra-se manifestamente inócua em relação aos advogados públicos**, quando da sua atuação como parecerista.

O ato atribuível à responsabilidade do advogado público é pelo exame e aprovação do edital, minutas de contratos, acordos, convênios ou ajustes (art. 38, parágrafo único da Lei 8666/93) e o parecer jurídico sobre a licitação, dispensa ou inexistência (art. 38, Inciso VI da Lei 8666/93).

Contudo, em que pesem as previsões constitucionais e legais acima delineadas, o Ordenamento Jurídico Brasileiro não é condescendente com a inimizabilidade, a irresponsabilidade absoluta de qualquer pessoa ou categoria profissional, especialmente dos advogados, sejam públicos ou privados, pelo fato de estarem devidamente inscritos nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, haja vista a regra geral de responsabilização por atos ilícitos, especialmente aqueles que possam causar danos a terceiros.

Por outra vertente, cumpre registrar que o Tribunal de Contas da União – TCU já firmou seu entendimento acerca da possibilidade de responsabilização do “advogado público”, desde que sejam constatados alguns pressupostos específicos, quais sejam: quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial.

Registre-se que tais pressupostos de responsabilização do parecerista jurídico, na visão do TCU, não são cumulativos, ou seja, basta a constatação de apenas um deles para que seja possível a responsabilização do advogado público.

Neste sentido, transcreve-se trecho do Voto do Ministro substituto Benjamim Sherman Cavalcanti proferido nos autos do Processo TC-014.973/2004-4, Acórdão nº 629/2004-Plenário, Ata 17:

7. Relativamente à alegada contradição, sob o argumento de que este Tribunal firmou entendimento segundo o qual, ‘quando o administrador age sob o entendimento de parecer jurídico, não se lhe deve imputar responsabilidade pelas irregularidades’, há que se observar que esta Corte evoluiu, já há algum tempo, seu posicionamento no sentido de que tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar ‘se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência’. Presentes tais condições, ‘não há como responsabilizar o advogado, nem, em consequência, a autoridade que se baseou em seu parecer’, conforme leciona a professora Maria Sílvia Zanella Di Pietro (in “Termos Polêmicos sobre Licitações e Contratos”, Malheiros Editores, 2ª edição, 1995, pág. 118).



Outro precedente do TCU bastante elucidativo da questão posta é o Acórdão nº 462/2003-Plenário, Ata 16, da lavra do Ministro Walton Alencar Rodrigues, proferido nos autos do Processo TC-008.902/1995-0, que ora transcrevemos em parte:

No tocante à aplicação da multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92 aos advogados subscritores do parecer em questão, o Ministério Público menciona recente decisão do STF, proferida no Mandado de Segurança 24.073, na qual a Suprema Corte deliberou no sentido de excluir os advogados da Petrobrás (impetrantes) de processo administrativo, no âmbito do TCU, em que foram responsabilizados, solidariamente, pela contratação de consultoria internacional, em decorrência da emissão de parecer, respaldando a dispensa de licitação para a referida avença.

Como bem salientou o Ministério Público, a decisão mencionada foi prolatada nos autos de mandado de segurança individual, à luz das particulares circunstâncias do caso concreto, produzindo efeitos apenas em relação aos impetrantes, em hipótese de específica extração, e não erga omnes.

Na verdade, existe uma larga multiplicidade de situações de fato, já detidamente examinadas por esta Corte, em que fraudes gravíssimas contra o Erário ocorriam sistematicamente fundamentadas em pareceres jurídicos, cujo texto era, evidentemente “de encomenda” e cujas conclusões eram plenamente contrárias à jurisprudência e doutrina, chegando às raias da teratologia. Poderia mencionar longa fila de acórdãos tendo o DNER como principal protagonista.

Não entendo que esteja esta Corte obrigada a, automaticamente, excluir, a priori, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuanças e circunstâncias existentes em cada caso concreto serem devidamente examinadas.

A responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, apurar-se-ia a responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes.

Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário.

É certo que a atividade de controle externo contempla, entre outros aspectos, a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou

entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal.

O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos.

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário.

Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública.

A mera inscrição do servidor ou empregado público, na Ordem dos Advogados do Brasil, não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público.

O Supremo Tribunal Federal - STF, ao enfrentar a matéria acerca da responsabilização do “advogado público” em relação aos pareceres que emite, leva em consideração a natureza vinculativa ou não do parecer em cada caso concreto, classificando a mencionada peça técnica em: facultativa ou não vinculante e obrigatória ou vinculante.

Neste contexto, segundo o STF, se a consulta ao “advogado público” for facultativa, não exigida necessariamente pela lei ou por qualquer outro ato normativo próprio, o parecer emitido será meramente opinativo e não vincula a decisão da autoridade administrativa. Contudo, se a consulta jurídica for obrigatória, se apresentando como uma “fase” ou formalidade exigida pela lei ou por outro ato normativo próprio, o parecer jurídico emitido se torna vinculativo e condiciona aos seus termos a decisão a ser adotada pela autoridade administrativa, e, somente nesta hipótese, é que seria possível a responsabilização do “advogado público”.

Neste sentido, veja-se as Ementas de jurisprudência abaixo delineadas:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS.

Prevedo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

(MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00362)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: **(i) quando a consulta é facultativa**, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; **(ii) quando a consulta é obrigatória**, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; **(iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir**. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. **Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro**, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, **não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa**. Mandado de segurança deferido.

(MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

(Grifos da ITC)

Destarte, o parecer técnico-jurídico vinculativo exarado pelo “advogado público” no exercício do seu mister possui natureza de ato administrativo em sentido estrito, uma vez que o ato de aprovar, por exemplo, editais e minutas de contrato nos procedimentos licitatórios é de exigência obrigatória que se extrai da norma contida no art. 38, inc. VI e Parágrafo Único da Lei nº. 8.666/93 c/c a Lei nº. 10.520/02.

O ato de aprovar é elemento obrigatório ou etapa necessária para a validade do procedimento, sob pena de nulidade. Logo, sendo etapa interna necessária ao procedimento, o parecer qualifica-se como ato administrativo em sentido estrito e diga-se, obrigatório. Assim, o parecer técnico-jurídico é um instante formal do procedimento, pois a licitação é um complexo de atos sucessivos, assim, ele não é simples opinião, mas opinião complexa e necessária à validade do procedimento.

Segundo a Suprema Corte Constitucional a manifestação da assessoria jurídica nos procedimentos licitatórios é vinculativo, portanto, deve ocorrer a responsabilização do parecerista, até porque a Lei Federal nº 8666/93 no mencionado artigo 38, parágrafo único é extrema clareza no sentido de que: *“As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”*

Registra-se, ainda, que os pareceristas, ao agirem em desacordo com as normas estabelecidas, ou seja, suas condutas omissivas em apontar irregularidades cometidas nos procedimentos licitatórios, proporcionam contratação ilegítima, de modo que há nexos de causalidade entre sua conduta com prejuízos ocasionados ao erário.

Isto é, nessas situações, o parecerista há de ser responsabilizado, a uma porque sua manifestação tem caráter vinculativo nas hipóteses do art. 38, parágrafo único, da Lei 8666/93, e a outra tendo em vista que suas condutas contém nexos de causalidade com prejuízo ocasionado ao erário, atraindo o comando constitucional *“daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”* (Art. 71, II da CF/88).

Logo, considerando que os Pareceres emitidos pelo Defendente tiveram por fundamento legal o disposto no art. 38, inc. VI e Parágrafo Único da Lei nº 8.666/93, sendo, portanto, exigidos por lei como ato formal e necessário ao regular procedimento licitatório, possuindo, segundo entendimento sedimentado pelo STF natureza obrigatória e vinculante, temos que é plenamente possível a responsabilização do seu signatário na hipótese de comprovação de dano ao erário proveniente de decisão administrativa tomada com supedâneo nas referidas peças técnico-jurídicas.

Note-se que apenas foi tratado sobre a possibilidade jurídica e legal de imputação de responsabilidade solidária do “advogado público” juntamente com o Gestor Público, quando na hipótese restar adequadamente demonstrado que a emissão de parecer técnico-jurídico é exigência legal (obrigatório) e o mesmo possui força vinculante em relação à decisão a ser tomada, e, ainda, quando houver erro grosseiro ou quando o parecer não estiver devidamente fundamentado; quando não defende tese jurídica aceitável; e/ou quando não está alicerçado em entendimento doutrinário ou jurisprudencial.

Destarte, a análise de tais requisitos autorizadores da imputação de responsabilidade solidária se confundem, inexoravelmente, com a análise de mérito acerca da própria irregularidade imputada, de sorte que a imputação de responsabilidade e possível aplicação da respectiva sanção administrativa em relação ao justificante será devidamente analisada quando for enfrentado o mérito da irregularidade imputada.

Assim, pelas análises acima delineadas, à luz dos entendimentos sedimentados pelo TCU e pelo STF, e, ainda, considerando o disposto nos artigos 131 a 135, todos da Constituição Federal de 1988, **sugere-se seja afastada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo Sr. Helber Antônio Vescovi, procurador da Câmara Municipal de Aracruz.**

### **3.1.1.3 Ausência de fiscal do contrato** (item 2 da ITI 149/2012)

**Base Legal:** artigo 67, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

### **Auditoria**

A equipe técnica não identificou designação de responsável pela fiscalização dos contratos oriundos do convite 02/2010 e da tomada de preços 01/2010, relativos à locação de veículos e fornecimento de combustível, de maneira que houve infringência ao art. 67, da Lei 8666/93.

### **Justificativas**

O Defendente afirmou que “a fiscalização do contrato ora se confunde com a fiscalização do serviço. Portanto, toda vez que houve fiscalização para a liquidação do serviço, também, por via reflexa, houve fiscalização do contrato” (fl. 673). Nesse sentido, também seria o entendimento do TCU, para o qual bastaria a atestação do serviço na oportunidade da apresentação das respectivas notas fiscais.

Segundo entende, “a importância da fiscalização é a precisa apuração da liquidação da despesa, o que, no processo em tela se deu a cada apresentação das notas fiscais, pelo que era prescindível a existência de um fiscal especificamente para este fim”.

### **Análise**

A presente irregularidade refere-se à ausência de designação do fiscal do contrato.

O Defendente alega que houve fiscalização do contrato quando ocorreu a liquidação da despesa, na medida em que os dois conceitos se confundem.

A exigência de fiscalização da execução dos contratos firmados pela Administração decorre do disposto no artigo 67 da Lei de Licitações e Contratos, abaixo reproduzido:

**Art. 67 A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.**

§ 1º - O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 2º - As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

A fiscalização dos contratos afigura-se como um dever da Administração ante o caráter vinculativo da norma supramencionada, sendo incorreto inferir-se que se trata de mero poder discricionário do gestor público, nesse sentido é a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas, ora colacionada:

**Contratação pública – Contrato – Fiscalização – Execução do contrato – Acompanhamento – Dever da Administração – TCU**

Como é cediço, no âmbito dos contratos administrativos, a Administração tem o dever de acompanhar a perfeita execução do contrato, não podendo assumir a posição passiva de aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais". (TCU, Acórdão nº 381/2009, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler, DOU de 13.03.2009.)

**Contratação pública – Contrato – Fiscalização – Acompanhamento pelos fiscais – Efetividade – TCU**

No que diz respeito à presença efetiva de fiscais acompanhando a execução das obras, o TCU entende que se trata de um poder-dever da Administração e determinou, num caso concreto, a regularização da deficiência detectada na fiscalização dos contratos e a certificação de que os fiscais designados para tal função exercem efetivamente o acompanhamento das obras, nos termos do art. 67 da Lei n. 8.666/93. (TCU, Acórdão nº 1.632/2009, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 22.07.2009.)

Acerca do disposto no artigo 67 do Estatuto Legal das Licitações, leciona o Professor Lucas Rocha Furtado<sup>4</sup> com sua costumeira proficiência que:

Em decorrência da supremacia do interesse público, **não pode a Administração assumir posição passiva e aguardar que o contratado cumpra todas as suas obrigações contratuais**. Não pode a Administração esperar o fim do termo do contrato para verificar se seu objetivo foi efetivamente alcançado, se seu objeto foi cumprido. **Durante a própria execução do contrato; deverá ser verificado se o contratado está cumprindo todas as etapas e fases do contrato. Essa forma de agir preventiva apenas benefícios traz para a Administração** (grifamos).

A designação de representante da Administração especificamente para a fiscalização do contrato, além de norma de observância obrigatória, reveste-se de medida salutar para a gestão dos contratos, sobre este aspecto, vale mais uma vez trazer a sempre oportuna lição de Lucas Rocha Furtado<sup>5</sup>, *in verbis*:

Em relação à questão jurídica, a primeira observação é no sentido de que **a Administração Pública tem o dever de fiscalizar a execução dos contratos** por ela firmados. **Em face desse poder-dever da Administração, ela deverá designar representante (agente) para promover esse acompanhamento, nos termos do art. 67 da Lei nº 8.666/93**. Esse representante deverá anotar tanto o cumprimento do objeto (ou partes do objeto) do contrato, como eventuais falhas ou irregularidades na sua execução.

Na eventualidade de esse representante verificar, por exemplo, fato que justifique a aplicação de multa, não será ele quem irá determinar a aplicação dessa multa. **Cabe a ele tão somente promover as anotações necessárias, o mais detalhadamente possível, de modo a permitir que a autoridade competente determine a aplicação de penalidades, ou suste o pagamento a ser realizado**. É importante observar, contudo, que a ausência de fiscalização ou a má fiscalização não eximem o contratado das suas responsabilidades perante a Administração Pública.

Igualmente relevante observar que a figura do fiscal do contrato não deve ser confundida com a do gestor do contrato.

<sup>4</sup> In **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 478.

<sup>5</sup> In **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 446.



Não obstante a não segregação dessas duas atribuições não possa ser considerada ilegal, ela deve ser evitada. **Ao fiscal do contrato, como observado, cumpre verificar a correta execução do objeto da avença, de modo a legitimar a liquidação dos pagamentos devidos ao contratado, ou, conforme o caso, para orientar as autoridades competentes acerca da necessidade de serem aplicadas sanções ou de rescisão contratual.** O gestor do contrato, a seu turno, é aquele a quem incumbe tratar com o contratado. Ou seja, o gestor do contrato tem a função de conversar com o contratado, de exigir que este último cumpra o que foi pactuado, de sugerir eventuais modificações contratuais.

Se o produto fornecido à Administração é inadequado, por exemplo, cumpre ao fiscal atestar a inexecução contratual, sendo papel do gestor exigir que a contratada substitua o produto defeituoso. Cumpre igualmente ao gestor comunicar à contratada a falta do material objeto do fornecimento ou recusar serviços, bens ou obras em desacordo com o pactuado (grifos da ITC).

Destaque-se que a designação do representante da Administração para fiscalização do contrato deve ser realizada de maneira formal, ou seja, por ato próprio ou por termo nos autos do processo inerente à contratação, consoante afirmado em jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

#### **Execução dos contratos – designação do gestor**

Nota: O TCU determinou observância do disposto no art. 67 da Lei 8.666/93, quando da execução dos contratos, designando representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato.

Fonte: TCU. Processo nº TC – 625.185/98-6. Acórdão nº 19/1999 – Plenário.

No mesmo sentido:

TCU recomendou: “(...) observe o art. 67 da Lei nº 8.666/93, atentando para a **necessidade de designar formalmente servidor para acompanhamento e fiscalização de seus contratos (...)**”;

Fonte: TCU. Processo nº 006.796/2000-7. Acórdão nº 93/2004 – Plenário.

Ademais, esclareça-se que a fiscalização do contrato, acima delineada, não se confunde com a liquidação da despesa, como aduziu o Defendente, que é prevista em outro instrumento normativo:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;



III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Embora em ambas haja averiguação do cumprimento dos serviços, não há que se falar em suplantação da fiscalização pela liquidação, na medida em que esta ocorre posteriormente ao cumprimento da obrigação e esta simultaneamente. As duas são imprescindíveis para a boa realização da despesa e verificação do cumprimento do interesse público.

Ao fiscal do contrato compete examinar o cumprimento das disposições contratuais, técnicas e administrativas, devendo tal função ser exercida por equipe de fiscalização ou profissional habilitados, com experiência técnica necessária ao acompanhamento e controle do objeto contratado. Havendo intercorrências durante a execução do contrato, deverá o fiscal providenciar anotações em registro próprio, determinando o que for necessário à regularização das faltas, falhas ou defeitos observados. Tais atribuições não se encontram no círculo de atribuições do servidor designado para proceder à liquidação de despesa, que também não precisa da expertise técnica na área do objeto do contrato.

Dessa forma, considerando os delineamentos da matéria, não se afigura razoável, data vênia, a alegações sustentadas pelo Defendente. Como se viu, a designação do fiscal do contrato - que tem a função específica de atestar e efetuar a execução do objeto contratado, consignando os eventos ocorridos e apontando formas de corrigir as falhas - deve ser feita de maneira formal, não se confundindo com a liquidação de despesa. Assim sendo, ante todo o exposto, opina-se pela **manutenção da irregularidade**.

#### **3.1.1.4 Ausência de repetição do certame** (item 3 da ITI 149/2012)

**Base Legal:** artigo 3º, e 22, §7º, da Lei 8.666/93

**Responsáveis:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal  
Renata Aquilino Tavares – Presidente da CPL  
Carlos Augusto Calvi Costalonga – Presidente em substituição

Eudes Gomes Rosalino – Membro da CPL  
Wilza M. D. Macedo Bianchini – Membro da CPL  
Carlos Roberto Bermudes Rocha – Membro da CPL  
Selma Silva Ramalho – Membro da CPL  
Alexsandro Segal – Membro da CPL

#### **Auditoria**

De acordo com o relatório de auditoria, em relação aos convites 02/2010 (fls. 49/181), 04/2010 (fl. 245/327), 05/2010 (fls. 303/327) e 06/2010 (fls. 329/365), constatou-se que a Administração deu continuidade aos procedimentos licitatórios, mesmo que, no momento da abertura da licitação, não houvesse o número mínimo de três propostas válidas.

Diante do prejuízo ao caráter competitivo, a Comissão Permanente de Licitação deveria proceder com a repetição do certame, em atendimento aos preceitos constantes do artigo 3º da Lei 8666/93. Contudo, a comissão decidiu dar prosseguimento à licitação, em claro descumprimento dos preceitos legais dispostos na LLC.

**Justificativas dos senhores Renata Aquilino Tavares, Carlos Augusto Calvi Costalonga, Eudes Gomes Rosalino e Wilza M. D. Macedo Bianchini**

Em que pese os Defendentes citados acima terem apresentado justificativas em documentos apartados, seu conteúdo é idêntico, de modo que serão relatados em conjunto.

Alegaram os Defendentes que “o simples fato de se apresentarem menos do que três interessados não é suficiente, por si só, para determinar a repetição do convite. Pelo contrário, será possível prosseguir-se na licitação se ficar demonstrado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados”. Em seguida, apresentaram as justificativas relativas a cada um dos certames.

- Convite 02/2010

Esclareceram que foram convidadas três empresas, sendo que, em 23.02.2010, apenas duas compareceram. Destas, uma restou inabilitada. Diante disso, a “CPL decidiu pela repetição do Convite nº 002/2010, abrindo novo prazo, convidando novamente as mesmas empresas e outras novas”.

Assim, aos dezenove dias mês de março do ano de dois mil, foi realizado a repetição do convite 02/2010, sendo convidadas quatro empresas a participar as empresas; Narcísio Trevelin – ME, Jr Prestação de Serviços E Locações LTDA, Galpotec Construções E Serviços LTDA EPP, e retirou e três empresas retiraram o Convite às empresas Lausi Da Silva & Cia LTDA, Aguapé Administração E Serviços LTDA, Edmilson Abreu Carneiro ME. Ficando inabilitada a empresa Galpotec Construções E Serviços Ltda EPP. Não se manifestaram para participar do certame as empresas: Narcísio Trevelin – ME, Serlocal – Construção, Serviços E Locações LTDA, Lausi Da Silva & Cia LTDA, Aguapé Administração E Serviços LTDA. Portanto o convite 02/2010 foi repetido, e tiveram sete empresas entre convidadas ou não para o certame, duas propostas válidas, sendo que a comissão decidiu pelo prosseguimento da licitação. (sic)

A servidora **Renata Aquilino Tavares** ressaltou que não participou do julgamento do Convite 02/2010, em virtude férias, o que se verifica nas atas de julgamento de habilitação relativa ao certame.

- Convite 04/2010

Segundo defesa, em 16.03.2010, houve o julgamento da habilitação das licitantes, ocasião em que foram recebidos apenas dois envelopes. Segundo informam, quatro empresas foram convidadas e quatro manifestaram interesse em participar, retirando cópia do convite na repartição.

Foram convidadas: Pothos Construção Serviços Ltda, Fabio Carlos De Souza – ME, Leoni & Leoni Ltda EPP e Mar & Sol Engenharia.

Retiraram cópia do convite na repartição: A. Julines Construção e Serviços Ltda, Carlos Andre Franca de Souza – ME, N E Serviços & Construções Ltda e Jr Prestações de Serviços Ltda ME.

Em que pese o número de convidados, houve apenas duas propostas válidas, pelo que a Comissão decidiu dar prosseguimento ao certame.

A servidora **Renata Aquilino Tavares** não participou do julgamento Convite 04/2010, em virtude férias, o que se verifica na ata de julgamento de habilitação relativa ao certame.

- Convite 05/2010

Foram convidadas três empresas e uma retirou, no órgão, cópia do convite, mas houve apenas duas propostas válidas.

Foram convidadas : Marcos Gasparini Selvatici ME MEE, Carlos Andre Franca de Souza ME e Comercial Nova Geração Ltda ME. Retirou cópia do convite a empresa Climar – Aracruz Ar Condicionado e Refrigeração Ltda EPP.

A CPL decidiu, ainda assim, dar prosseguimento à licitação.

- Convite 06/2010

Foram convidadas quatro empresas: Arainfo Aracruz Informática Ltda, Pintando o Sete Papelaria Ltda ME MEE, Maria Eloísa Fonseca Rangel ME e Sebastião Vitorino de Souza. Apesar disso, houve apenas duas propostas válidas, de modo que a CPL decidiu pela continuação do procedimento.

Concluíram, então, que houve “total falta de interesse de alguns dos convidados, bem como do restante da comunidade local, uma vez que, não obstante a publicidade dada com a afixação do edital no átrio da Câmara Municipal, nenhum particular se interessou. [...] Sendo assim, existe nos respectivos autos motivação suficiente para realização dos Convites nº 02/2010, 04/2010, 05/2010 e 06/2010, com apenas duas propostas válidas, face à total falta de interesse dos demais convidados”.

Após se manifestarem sobre os casos específicos a que foram instados a prestar esclarecimentos, discorreram sobre o caráter competitivo das licitações, salientando que, na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e de Diógenes Gasparini, não consta a ausência de repetição do convite quando da existência de menos de três propostas válidas como um dos itens ensejadores de restrição do caráter competitivo da licitação. Segundo entendem, “a restrição do caráter competitivo está relacionado a preferências ou itens irrelevantes ao processo licitatório”.

Ressaltaram que para Diógenes Gasparini, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm aceitado o procedimento licitatório em que somente um interessado acode ao chamamento da Administração.

Por fim, ressaltaram que em todos os procedimentos foram convidadas mais do que três empresas e que a proposta de preços obtida era compatível com a pesquisa de mercado realizada.

**Justificativas da senhora Selma Silva Ramalho**

- Convite 02/2010

A Defendente destacou que, inicialmente, três empresas foram convidadas e quando do julgamento da habilitação apenas duas compareceram, sendo que uma foi inabilitada. Foram convidadas as empresas: Trevelin – ME, JR Prestação de Serviços Ltda e Serlocal Construção, Serviços e Locações Ltda.

Em razão disso, a CPL decidiu por repetir o certame.

Foram convidadas as mesmas três empresas e mais Galpotec Construções e Serviços Ltda EPP.

As empresas Lausi da Silva & Cia Ltda, Aguapé Administração e Serviços Ltda e Edmilson Abreu Carneiro ME retiraram cópia do convite.

Ainda assim, quatro empresas não apresentaram propostas e apenas duas foram habilitadas, pelo que a CPL decidiu por dar prosseguimento ao feito.

- Convite 04/2010

Aduziu que quatro empresas foram convidadas e quatro retiraram cópia do convite na repartição, tendo sido entregues oito convites, mas apenas duas empresas se fizeram presentes, o que no seu entender caracterizaria falta de interesse no certame pelas demais.

Citou o entendimento de Marçal Justen Filho e Jorge Ulysses Jacoby Fernandes que reputam válido o prosseguimento do certame mesmo sem a apresentação de três propostas válidas.

- Convite 05/2010

Afirmou que foram convidadas três empresas: Marcos Gasparini Selvatici ME MEE, Carlos Andre Franca de Souza ME e Comercial Nova Geração Ltda ME. Além disso, uma empresa retirou o convite, qual seja, Climar – Aracruz Ar Condicionado e Refrigeração Ltda EPP, mas só houve duas propostas válidas.

- Convite 06/2010

Alegou que como foram convidadas quatro empresas, e, mesmo sem três propostas válidas, a CPL decidiu pelo prosseguimento do certame.

Citou o acórdão nº 1744/2010, da 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União, em que se afirma quanto à possibilidade de participação de um número de licitantes inferior a três, devido a limitações de mercado ou a manifesto desinteresse dos convidados, “a própria determinação a contempla, ao fazer menção ao art. 22, §7º, da Lei nº 8666/93”.

Concluiu afirmando que, “analisando o teor da legislação e os procedimentos dos convites 02, 04, 05 e 06/2010, verificamos que para alcançar maior número possível de interessados no objeto licitado, foram convidadas sempre mais de três empresas e realizada a publicação na imprensa oficial ou em jornal de grande circulação, além da distribuição direta de convites aos interessados, mesmo os não cadastrados, sendo com esses procedimentos conferidos ao convite divulgação idêntica a das demais modalidades de licitação”.

Em razão disso tudo, afirmou não ter havido prejuízo ao caráter competitivo, uma vez que foi obedecido o art. 22, §7º, da Lei nº 8666/93, nem qualquer desrespeito à norma legal, como o corroboraria o posicionamento da professora Nyura Disconzi da Silva.

**Justificativas do senhor Aleksandro Segal**

O Defendente iniciou sua explanação trazendo o entendimento da professora Nyura Disconzi da Silva, também mencionado na defesa de Selma Silva Ramalho, complementando-o com o entendimento de Marçal Justen Filho, no sentido de que

“sendo impossível, desde logo, a obtenção de três propostas, a Administração poderá remeter convite a número inferior de potenciais interessados. Tal deverá ser cumpridamente motivado”. Reproduziu, também, os acórdãos nº 1744/2010, nº 1089/2003 e nº 819/2003, do Tribunal de Contas da União, que tratam da desnecessidade de repetição do convite quando houver manifesto desinteresse do mercado.

Em seguida, reproduziu acórdão do TRF 1ª Região segundo o qual é válido o convite quando encaminhada a solicitação a pelo menos três interessados, ainda que somente dois tenham efetivamente participado do certame.

Com base nesses posicionamentos, afirmou a legalidade dos convites 02, 04, 05 e 06/2010, contando os mesmos fatos constantes das defesas anteriores, ou seja, de que foram convidadas três ou mais empresas e também foram retirados convites por outras, mas não lograram em nenhum desses certames mais de três propostas válidas, de modo que teria ficado patente o manifesto desinteresse do mercado.

Ressaltou que a decisão da Comissão se baseou em jurisprudência, conforme ele fez constar em ata e que “qualquer ato que explicita nos autos a razão do prosseguimento licitatório, possui conteúdo motivacional bastante para validar toda a licitação, isto independente de haver exposição explícita dos fundamentos de fato e direito que o alicerce”.

#### **Justificativas dos senhores Carlos Roberto Bermudes Rocha e Roberto Furiari**

Os Defendentes trouxeram os mesmos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que os demais, bem como contaram os mesmos fatos atinentes aos convites questionados, que classificaram como desinteresse de alguns dos convidados bem como do restante da comunidade comercial local.

#### **Análise**

A presente irregularidade refere-se a não repetição do procedimento licitatório ante a ausência de três propostas válidas.

Primeiramente, cabe observar que o Convite 02/2010 foi repetido (fls. 58/87), de modo que não há que falar em irregularidade no que tange a esse certame, restando a análise dos demais.

Os §§3º e 7º do artigo 22 da Lei 8.666/93 assim dispõe:

Art. 22 (...)

§ 3º - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

[...]

§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Assim, a regra geral é a repetição do convite caso não haja o mínimo de três competidores devidamente habilitados. No entanto, existem duas exceções: limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados e, pelo menos, mais duas retiram cópia do convite.

O Convite nº 04/2010 referia-se à prestação de serviços de manutenção, conservação e limpeza das dependências da Câmara. Conforme documento de fl. 248, foram convidadas quatro empresas: Fábio Carlos de Souza ME (fl. 483), Pothos Construção Serviços Ltda (fl. 484), Mar & Sol Engenharia (fl. 485) e Leoni & Leoni Ltda (fl. 486).

Os documentos de fls. 487/490 dão conta da entrega de convites a outras quatro empresas, não sendo possível a identificação das pessoas jurídicas de fls. 487 e 489.

Assim, há prova de entrega de convites a, pelo menos, seis empresas. Contudo, somente duas compareceram, tendo sido ambas habilitadas. Dessa forma, verifica-se que muito embora não se tenha obtido o número de três propostas válidas, constata-se que a situação estava devidamente justificada na Ata de Julgamento (fls. 449/450), conforme estabelece o §7º do artigo. 22 da Lei 8.666/93.

Em relação ao Convite 05/2010, destinado a contratação de empresa para prestação de serviço de manutenção preventiva e corretiva dos aparelhos de ar condicionado, foram convidadas três empresas e uma outra manifestou interesse em participar ao retirar cópia do convite na repartição, sendo esta a vencedora do certame (vide fls. 303/327 e 451/455). Ocorre que não há, na ata de julgamento de habilitação, justificativa suficiente para a limitação do mercado ou seu desinteresse, como a exposição de que não há mais fornecedores, no local, que prestem esse serviço a serem convidados. Vale acrescentar que não são válidas justificativas genéricas, como o apontamento de entendimentos de doutrinadores ou juízes. Para que se caracterize a desnecessidade de repetição do convite, é necessária a motivação precisa e específica dos requisitos autorizadores do art. 22, § 7º, da Lei nº 8666/93, uma vez que compete à Administração a busca pela proposta mais vantajosa.

O mesmo se diga em relação ao Convite nº 06/2010, em que houve três convidados e um outro interessado. Não há justificativa, nos documentos de fls. 329/365 e 456/460, das circunstâncias que autorizariam a não repetição do convite, mesmo diante da inexistência de três propostas válidas. Não consta qualquer informação sobre a limitação do mercado local.

Sobre esta questão citam-se as seguintes decisões:

Ao realizar licitações sob a modalidade de convite, somente convide as empresas do ramo pertinente ao objeto licitado, conforme exigido pelo art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93 e repita o certame quando não obtiver três propostas válidas, ressalvadas as hipóteses de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, circunstâncias essas que devem estar justificadas no processo, consoante § 7º do mesmo artigo. (TCU,

Acórdão nº 819/2005, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU de 30.06.2005.)

“Na modalidade convite, não comparecendo ou inexistindo o número mínimo de 3 (três) licitantes, a Administração deverá observar rigorosamente as disposições do art. 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece que quando for impossível – por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados – a obtenção do número mínimo de 3 (três) licitantes, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite, (...)”. (TCE/PE, Decisão nº 1.262/1995, Processo nº 9.505.856-4, Sessão de 01.11.1995.)

Apesar das justificativas apresentadas pelos Defendentes, entende-se que em relação aos Convites 05/2010 e 06/2010, não foi observado o estabelecido nos §§3º e 7º do artigo 22 da Lei 8.666/93, uma vez que não foi devidamente justificada a continuidade do certame sem que houvesse no mínimo três licitantes habilitados.

Pelo exposto opina-se pela **manutenção da irregularidade somente em relação aos Convites 05/2010 e 06/2010.**

No tocante ao **item 3.1.1.2** da Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013, relativo ao **pagamento indevido de gratificação por participação na Comissão Permanente de Licitação**, a partir da análise dos autos, constata-se que foram realizados pagamentos em desacordo com Lei Municipal 2.898, de 31 de março de 2006 (Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz), a qual expressamente proíbe, em seu Capítulo IV (Das Vantagens), o pagamento de gratificações e adicionais, seja de função, seja de participação em órgão de deliberação coletiva e em comissões especiais de trabalho, a servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, de modo que ilegal seu respectivo pagamento. Ademais, gratificação foi paga sobre a remuneração (vencimento mais vantagens pessoais), porém o Ato 1.407/2006 que a instituiu se refere apenas aos vencimentos mensais.

Assim concluiu a Área Técnica:

**3.1.1.2 Gratificação indevida por participação em CPL** (item 1 da ITI 149/2012)

**Base Legal:** artigo 37, caput, e X, da CF/88 c/c o art. 101, parágrafo único, 103, 104, parágrafo único, da Lei 2.898/06 (Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz)

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

**Auditoria**



De acordo com a equipe técnica, o órgão concedeu e pagou uma gratificação de 50% sobre os vencimentos mensais aos servidores integrantes da Comissão Permanente de Licitação, por meio do Ato 1.407/06 (fl. 30), assinado pelo então Presidente do órgão, André Sebastião Calesso. Segundo entendimento da auditoria, o pagamento da referida gratificação ao longo de 2010 afronta o princípio da legalidade, na medida em que o tema deveria ser tratado por lei em sentido estrito, sendo, pois, passível de ressarcimento aos cofres públicos.

Além disso, de acordo com a Lei 2.898, de 31 de março de 2006 — Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz — em seu Capítulo IV (Das Vantagens), é proibido o pagamento de gratificações e adicionais, seja de função, seja de participação em órgão de deliberação coletiva e em comissões especiais de trabalho, a servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão<sup>6</sup>, de modo que ilegal seu respectivo pagamento. Não bastassem tais fatos, a gratificação fora paga sobre a remuneração (vencimento mais vantagens pessoais), porém o Ato 1.407/2006 que a instituiu se refere aos vencimentos mensais, apenas.

Assim, entendeu a auditoria que seriam passíveis de restituição os seguintes valores indevidamente pagos (R\$ 192.793,54 = 96.041,41 VRTE), na seguinte forma:

### **Exercício 2010**

---

#### <sup>6</sup> CAPÍTULO IV - DAS VANTAGENS

##### Seção I - Disposições Gerais

Art. 100 - Por vantagem compreende-se todo estipêndio diverso do vencimento recebido pelo servidor e que represente efetivo proveito econômico.

Art. 101 - São vantagens a serem pagas aos servidores: I — gratificações e adicionais; II — diárias; III — ajuda de custo; IV — auxílio doença; V — auxílio funeral; VI — auxílio para diferença de caixa; VII — auxílio natalidade; VIII — auxílio alimentação; IX — vale transporte; X — assistência à saúde.

Parágrafo Único - Os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão somente farão jus às vantagens previstas nos incisos II, III, IV, VIII, IX e no parágrafo único do Art. 104.

Art. 103 - As vantagens previstas nesta Seção não serão computadas nem acumuladas para efeito de concessão de acréscimos pecuniários ulteriores.

##### Seção II - Das Gratificações e dos Adicionais

##### Subseção II - Disposições Gerais

Art. 104 - Serão deferidas ao servidor, nas condições previstas legalmente, as seguintes gratificações e adicionais:

I — gratificação de função; II — gratificação natalina; III — gratificação pela participação em órgão de deliberação coletiva e comissões especiais de trabalho; IV — gratificação de gabinete; V — adicional de férias; VI — adicional por serviço extraordinário; VII — adicional pelo exercício de atividade insalubre, perigosa ou penosa; VIII — adicional noturno; IX — adicional por tempo de serviço;

Parágrafo Único - Os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão somente farão jus às vantagens previstas nos incisos II.

##### Subseção III - Da Gratificação de Função

Art. 105 - Ao servidor investido na função a que se refere o Art. 22 será devida uma gratificação, fixada na forma da lei.

Parágrafo Único - A gratificação de função é vantagem pecuniária de caráter transitório.

##### Subseção V - Da Gratificação pela Participação em Órgão de Deliberação Coletiva e Comissões Especiais de Trabalho

Art. 110 - Será concedida gratificação pela participação em órgãos de deliberação coletiva ou em comissões especiais de trabalho.

§ 1.º - O valor da gratificação será fixado em ato regulamentar e será pago por dia de presença a sessão do órgão coletivo ou da comissão especial de trabalho.

§ 2.º - É vedada a participação de servidor em mais de um órgão de deliberação coletiva ou mais de uma comissão especial de trabalho.

##### Subseção VI - Da Gratificação de Gabinete

Art. 111 - Ao servidor efetivo lotado no Gabinete do Prefeito, Presidente da Câmara Municipal, Presidente de autarquia e fundação pública será paga uma gratificação no valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do seu vencimento, uma vez que o mesmo exerça suas funções naquele órgão.

SERVIDOR	CARGO	GRATIFICAÇÃO
Alexsandro Segal	Secretário-Geral (comissionado)	39.297,44
Carlos Roberto Bermudes Rocha	Assessor Técnico (comissionado)	25.670,79
Wilza Maria Duarte Macedo Bianchini	Assessor Técnico (comissionado)	25.670,79
Carlos Augusto Calvi Costalonga	Técnico em Contabilidade (efetivo)	26.673,09
Eudes Gomes Rosalino	Assistente Administrativo II (efetivo)	18.377,77
Renata Aquilino Tavares	Tesoureiro (efetivo)	27.752,77
Selma Silva Ramalho	Assistente Administrativo I (efetivo)	29.350,89
<b>TOTAL</b>		<b>192.793,54</b>

### Justificativas

O Defendente afirmou que nunca foi concedida nenhuma gratificação por via de Ato sem lastro em lei. Aduziu que a concessão foi fundamentada na Lei Orgânica Municipal em cotejo com o Regimento Interno da CMA.

Asseverou, ainda, que é prerrogativa privativa do Poder Legislativo regulamentar o seu sistema remuneratório, desde que observados os limites estabelecidos pela LDO e que o artigo 15 do Regimento Interno da CMA estabelece as competências Privativas da Mesa Diretora da Câmara, dentre as quais a de conceder gratificação.

Assim, “o fundamento de validade do Ato nº 1.407/2006, que concedeu as gratificações aos membros da CPL, é a autonomia financeira e gerencial que o Poder Legislativo possui na ordem nativa” (fl. 671).

Demais disso, ponderou que “a verdadeira falta de simetria está na Lei Municipal 2.898/2006 (Estatuto dos Servidores); isto quando esta deixa de prever modalidade indenizatória (gratificação) por participação em CPL, conforme está prevista na Lei Complementar Estadual 46/94 (Estatuto dos Servidores Estaduais)”. Segundo o Defendente, “a LC46/94 integra a ordem jurídica Estadual como um todo, dando-lhe amálgama e preenchendo, interpretativamente e de forma subsidiária, os sistemas municipais capixabas ora existentes” (fl. 672).

Concluiu, pois, afirmando que “não há que se cogitar serem, ou não, devidas as gratificações em questão, visto que, as atividades foram desempenhadas/desenvolvidas conforme previu o ordenamento e demandou o Legislativo municipal. Dessa forma, assumindo sua natureza intrínseca de indenização por atividade extrafuncional, esta era devida e foi paga!”.

### Análise

Segundo dispõe o texto constitucional, a remuneração dos servidores públicos somente poderá ser fixada ou alterada por **lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso.

Artigo 37:

X - **a remuneração dos servidores públicos** e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (grifos da ITC)

Este entendimento encontra-se exarado, também, nos artigos 51 e 52 da CF/88, que tratam da competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, aplicando-se também aos demais entes da federação, em face do princípio da simetria constitucional:

Art. 51. Compete privativamente à **Câmara dos Deputados**:

**IV** - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, **e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração**, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (grifos da ITC)

Art. 52. Compete privativamente ao **Senado Federal**:

**XIII** - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, **e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração**, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

Já o artigo 48, caput, a Carta Constitucional exclui a possibilidade de sanção do Presidente da República, quanto às matérias dispostas nos artigos 49, 51 e 52:

Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52**, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: [...] (grifos da ITC)

Da leitura destes três dispositivos constitucionais é possível obter, tão somente, a seguinte constatação: para a fixação ou alteração de remuneração de servidor do Poder Legislativo será necessária a edição de **lei**. O artigo 37, inciso X, artigos 51 e 52 da CRF/88 excluem totalmente a possibilidade de fixação dos vencimentos por meio de resolução ou outro tipo normativo que não a lei ordinária.

Deste modo, busca o legislador pátrio, tão somente, preservar a autonomia do ente federativo, **mantendo, todavia, a necessidade de lei ordinária para a concessão das referidas fixações e alterações de remuneração aos servidores do legislativo**, o que se aplica, neste caso, aos servidores municipais, diante do Princípio da Simetria Constitucional. Se assim não fosse, inexistiria razão para a previsão de tal determinação (necessidade de lei) nos artigos 37, inciso IX, 51, inciso IV, 52, inciso XIII, da Carta Magna Federal.

Por fim, imprescindível a citação do Supremo Tribunal Federal, a esse respeito:

As resoluções da Câmara Distrital não constituem lei em sentido formal, de modo que vão de encontro ao disposto no texto constitucional, padecendo, pois, de patente inconstitucionalidade, por violação aos arts. 37, X; 51, IV; e 52, XIII, da CF. (ADI 3.306, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2011, Plenário, DJE de 7-6-2011.)

Do mesmo modo, o julgado *in verbis*:

**Em tema de remuneração dos servidores públicos, estabelece a Constituição o princípio da reserva de lei. É dizer, em tema de remuneração dos servidores públicos, nada será feito senão mediante lei, lei específica.** CF, art. 37, X; art. 51, IV; art. 52, XIII. **Inconstitucionalidade formal do Ato Conjunto 1, de 5-11-2004, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.** Cautelar deferida. (ADI 3.369-MC, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 16-12-2004, Plenário, DJ de 1º-2-2005.) **No mesmo sentido:** AO 1.420, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 2-8-2011, Primeira Turma, DJE de 22-8-2011; ADI 3.306, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-3-2011, Plenário, DJE de 7-6-2011. (grifos da ITC)

No mesmo sentido, é o entendimento disposto no Parecer em Consulta 01/2012 emitido por esta Corte de Contas que entendeu ser necessária a existência de lei para a concessão de abono pecuniário aos servidores da Câmara Municipal de Pancas, com base no artigo 37, X, da CRF/88:

**PERMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL PARA CONCESSÃO DE ABONO PECUNIÁRIO AOS SERVIDORES NOS TERMOS DO ARTIGO 21 DA LRF - POSSIBILIDADE POR MEIO DE LEI EM SENTIDO ESTRITO/FORMAL.**

[...] Quanto à forma de concessão, devem observar o disposto no art. 37, X, da Constituição Federal (CF), que estabelece a necessidade lei específica para fixar a remuneração de servidores, respeitada a iniciativa privativa em cada caso. Essa lei deve ser compreendida em sentido estrito/formal

Assim, apesar das justificativas apresentadas pelo Defendente, a alteração ou fixação de qualquer espécie de remuneração ou vantagem pecuniária que não seja por meio de lei, ocasiona expressa e manifesta infringência ao Texto Constitucional vigente.

Demais disso, é de se observar que não houve, como alegado em defesa, indevido paralelismo com o Executivo Municipal, na medida em que o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais se aplica a toda a Administração Direta de Aracruz, estando nela incluída a Câmara Municipal:

**LEI Nº. 2.898, DE 31 DE MARÇO DE 2006 – ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE ARACRUZ – ES**

Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas do Município de Aracruz/ES.

**Art. 1º.** O regime jurídico estatutário, **disciplinado por esta Lei, aplica-se aos servidores públicos** investidos em cargo público de provimento efetivo ou de provimento em comissão **da Administração direta**, autarquias e fundações públicas do Município de Aracruz.

**Parágrafo único.** O disposto neste Estatuto não se aplica:

I - aos servidores da administração direta e indireta regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho;

II - aos contratados por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Destarte, inequívoca a incidência, no caso, dos artigos 101 e 104, parágrafo único, do Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz, de modo que é defeso aos servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão receber vantagens que não as seguintes: diárias, ajuda de custo, auxílio-doença, auxílio alimentação, vale transporte e gratificação natalina, *in verbis*:

Art. 101 - São vantagens a serem pagas aos servidores:

I — gratificações e adicionais;

II — diárias;

III — ajuda de custo;

IV — auxílio doença;

[...]

VIII — auxílio alimentação;

IX — vale transporte;

[...]

Parágrafo Único - Os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão somente farão jus às vantagens previstas nos incisos II, III, IV, VIII, IX e no parágrafo único do Art. 104.

Art. 104 - Serão deferidas ao servidor, nas condições previstas legalmente, as seguintes gratificações e adicionais:

I — gratificação de função;

II — gratificação natalina;

[...]

Parágrafo Único - Os servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão somente farão jus às vantagens previstas nos incisos II.

Verifica-se, também, conforme documentação acostada às fls. 34/47, que a gratificação paga aos membros da CPL incidiu sobre vantagens diversas, inclusive sobre quinquênios e anuênios, em clara afronta ao disposto no inciso XIV do artigo 37 da CF/88, *in verbis*:

Art. 37 [...]

XIV - os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fins de concessão de acréscimos ulteriores;

Conforme leciona o Professor Ivan Barbosa Rigolin<sup>7</sup> “todo e qualquer acréscimo remuneratório de servidor público – vantagens, acessórios, adicionais, gratificações – apenas poderá incidir sobre a base primária, originária, “seca”, intocada, básica, própria de quem ingressa por concurso no patamar inicial de cada cargo (...)”.

<sup>7</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa. *O servidor público nas reformas constitucionais*. 2ª ed. amp. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 57.

Oportuno frisar que a Lei Complementar 46/94 institui o Regime Jurídico Único para os servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações do Estado do Espírito Santo, de qualquer dos seus Poderes, ou seja, somente estão submetidos às normas estabelecida na LC 46/94 os servidores públicos estaduais, não podendo as determinações ali dispostas servirem de base para a concessão de benefícios para servidores de outras esferas.

Os servidores públicos do município de Aracruz devem observar as normas dispostas na Lei 2.898/2006, que institui o Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz.

O princípio da simetria é uma obrigação geral implícita imposta aos Estados e Municípios, na medida em que estes devem obrigatoriamente estabelecer uma relação simétrica entre as normas jurídicas da Constituição Federal e as regras estabelecidas em seus diplomas máximos.

Assim, ante o exposto, conclui-se pela irregularidade das gratificações pagas aos membros da CPL, sendo passível de ressarcimento ao erário o valor de **R\$ 192.793,54** (cento e noventa e dois mil setecentos e noventa e três reais e cinquenta e quatro centavos) correspondente a **89.225,98** (oitenta e nove mil duzentos e vinte e cinco inteiros e noventa e oito décimos) **VRTE**.

Diante da total impossibilidade de pagamento de gratificação ou vantagem pela Câmara Municipal de Aracruz com fundamento na Lei Complementar 46/94, a qual institui o Regime Jurídico Único **para os servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações do Estado do Espírito Santo**, e da expressa vedação do pagamento da gratificação em tela aos servidores comissionados pelo Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz - Lei Municipal 2.898, de 31 de março de 2006 - restam irregulares os pagamentos realizados.

Entretanto, entendo que a imputação do débito foi indevidamente realizada apenas na pessoa do gestor público, enquanto os verdadeiros beneficiários dos pagamentos indevidos - os servidores comissionados que receberam a gratificação proibida por lei - não foram chamados a compor o polo passivo nos presentes autos, o que impede a responsabilização dos mesmos na fase em que os autos se encontram.

Nesse sentido, entendo ser necessário **apartar o item relativo à gratificação indevida por participação em Comissão Permanente de Licitação, a fim de que os servidores comissionados beneficiários dos pagamentos irregulares sejam chamados a compor a lide juntamente com o gestor público.**

Relativamente ao **item 3.1.1.5 - Ausência de interesse público e de motivação** - a área técnica concluiu:

#### **Análise**

De acordo com o documento de fl. 49, o Presidente da Câmara, Gilberto Furieri, apresentou à comissão de licitação a seguinte solicitação:

Solicito a Vossa Senhoria providências para abertura de processo licitatório, visando a contratação de empresa para locação de 03 (três) veículos, com motorista, sendo o veículo 1.0, a gasolina, 04 portas, travas e vidros elétricos, ar condicionado, capacidade para 05 (cinco) passageiros, tendo, no máximo, quatro anos de uso, com seguro obrigatório e total, para prestarem serviços a esta Câmara Municipal de Aracruz, de segunda a sexta-feira, das 06:00 às 18:00 horas, atendendo ainda, além deste horário, excepcionalmente, quando se fizer necessário; durante o período de março a dezembro de 2010, sendo que o combustível será fornecido pela Câmara.

Como se observa da leitura do ato, não é expresso o motivo que levou à necessidade da locação, em comento; por que motivos os carros que já eram de propriedade da Câmara eram insuficientes para atender às demandas e quais estas seriam.

[...]

Sem a correta e suficiente motivação, não há como aferir se o objeto do contrato visava ao atendimento do interesse público, que é a finalidade para a qual se dirige a atuação do gestor. O administrador é um mero curador do interesse público, por isso, deve prestar contas à população de seus atos e decisões, configurando a motivação um dos instrumentos que permite o controle do alcance do interesse público.

Destarte, a ausência de motivação razoável e suficiente atenta contra o princípio da supremacia do interesse público, visto que o gestor dispôs de patrimônio municipal, sem demonstrar cabalmente o interesse da coletividade. O vício configura irregularidade, que os argumentos da defesa não puderam afastar.

Em relação ao ressarcimento, tem-se que poderia ser afastado caso a defesa trouxesse prova de que a locação se deu para atender a necessidades daquela coletividade (e, de fato, atendeu-as), revertendo em favor do bem público, ou seja, suprimindo, mesmo que tardiamente, a falta de motivação do ato que deflagrou o procedimento licitatório.

Todavia, não há nos autos nenhum documento que demonstre ter havido interesse público na locação e utilização dos veículos, de modo que não é possível afastar o dever de ressarcimento. Há que se notar que nem mesmo há alegação de cumprimento do interesse público.

Verifica-se que o cerne da questão foi não ter restado claro se os carros que já eram de propriedade da Câmara eram insuficientes para atender às demandas e quais estas seriam. Para a área técnica, não houve motivação suficiente para contratação



de serviços de locação de outros três carros, quando a Câmara Municipal já possuía quatro veículos em sua frota.

Nesse sentido, entendo que a inconsistência apontada, na verdade, se refere à aplicação do Princípio da Motivação, o qual impõe à Administração Pública o dever de expor as razões de direito e de fato pelas quais tomou a providência adotada. Entretanto, a motivação insuficiente não deve ser confundida com a indisponibilidade do interesse público.

A insuficiente justificativa do ato não tem o condão, por si só, de retirar o interesse público da despesa. Para que se fale em violação ao princípio da finalidade pública, deve ficar demonstrado que o ato administrativo produzido onerou a sociedade de forma injusta, descabida, desproporcional.

Na lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público:

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público (a expressão “interesse público” é utilizada, aqui, em sentido amplo, abrangendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses, imediatos ou mediatos, do povo em geral, único titular da coisa pública) são **vedados ao administrador quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que injustificadamente onerem a sociedade**. Trata-se de um princípio implícito, e dele decorrem diversos princípios expressos que norteiam a atividade da Administração, como o da legalidade, o da impessoalidade, o da moralidade, o da eficiência.”(...)

(Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. Direito Administrativo, 17ª edição, Ed. Método, 2009, p. 192-193) (grifos nossos)

No caso em tela, o fato do ente possuir uma frota de 4 veículos (2 Toyota Corolla, 1 Honda Civic e 1 moto Honda Biz) não leva forçosamente à conclusão de que a locação de outros 3 veículos era absolutamente descabida e injustificada.

Em que pese a fragilidade da motivação exarada, há provas nos autos de que os veículos locados na contratação em tela foram utilizados pela Administração. Nos Relatórios de Quilometragem dos veículos abastecidos pela Câmara Municipal de Aracruz, anexados aos autos pela Equipe de Auditoria (fls. 183/242), constam, além

dos veículos de propriedade do ente, os automóveis UNO MILLE placas MRA 2911, MQZ 3084 e MQV 8579.

Tendo em vista que os automóveis locados foram utilizados pelo Legislativo Municipal, e que a contratação foi realizada em quantidade moderada, **entendo não restar demonstrada violação à finalidade pública da despesa, razão pela qual afasto a imputação de débito aos responsáveis.**

Ressalto, finalmente, que a Equipe de Auditoria que apurou a inconsistência *in loco* não apontou indicativo de ressarcimento relativamente à mesma. A tese de imputação de débito somente foi incluída na Instrução Técnica Inicial ITI 149/2012.

Quanto à ausência de motivação, a Administração justificou a contratação em tela nos seguintes termos:

Solicito a Vossa Senhoria providências para abertura de processo licitatório, visando a contratação de empresa para locação de 03 (três) veículos, com motorista, sendo o veículo 1.0, a gasolina, 04 portas, travas e vidros elétricos, ar condicionado, capacidade para 05 (cinco) passageiros, tendo, no máximo, quatro anos de uso, com seguro obrigatório e total, para prestarem serviços a esta Câmara Municipal de Aracruz, de segunda a sexta-feira, das 06:00 às 18:00 horas, atendendo ainda, além deste horário, excepcionalmente, quando se fizer necessário; durante o período de março a dezembro de 2010, sendo que o combustível será fornecido pela Câmara.

Vê-se que o ato mencionava que os veículos seriam locados para prestarem serviços à Câmara Municipal de Aracruz, de segunda a sexta-feira, das 06:00 às 18:00 horas, atendendo ainda, além deste horário, excepcionalmente, quando se fizesse necessário, durante o período de março a dezembro de 2010.

Entendo que a justificativa que a Área Técnica inferiu faltante no uso dos veículos pela Câmara Municipal de Aracruz, na verdade, é a que explicita a finalidade pública do trajeto percorrido no próprio Sistema de Controle da Frota. Conforme apontado no item 3.1.1.6, apesar de ter implementado controle de veículos, a Administração não incluiu o registro da finalidade de cada deslocamento. A falta dessa explicitação leva à presunção de que a locação de veículos não era justificável.

Entendo que para saneamento da irregularidade em tela será suficiente que a Administração inclua no seu Sistema de Controle de Frota a finalidade pública de cada trajeto percorrido, conforme explicitarei no item a seguir. Por esse motivo, **afasto a irregularidade relativa à ausência de motivação.**

No tocante ao **item 3.1.1.6 – Ausência de controle de frota e falta de regular liquidação da despesa com combustível**, a própria Área Técnica reconhece restar demonstrado nos documentos de fls. 201/242 que, a partir de 19/08/2010, foi implementado controle em que constava o veículo, com sua placa, o nome do motorista, a data da viagem, o local de origem e de destino, a quilometragem da saída e do retorno, com a quantidade de quilômetros rodados, opinando pelo afastamento da irregularidade relativa ao período de 19.08.2010 a 31.12.2010.

É preciso considerar que a falta ou deficiência de controle de gastos com combustível foi tratada nos Relatórios de Auditorias relativos aos exercícios de 2008 e 2009, mas que a comunicação ao gestor quanto a tal deficiência somente se deu a partir do exercício em análise (2010). Nos autos do Processo TC 1144/2009 (ex. 2008), a Instrução Técnica Inicial foi elaborada em fevereiro de 2010, enquanto no Processo TC 2545/2010 (ex. 2009), a citação somente foi realizada no ano de 2011.

Não se pode olvidar o esforço da Administração em reduzir o gasto com combustíveis desde o início do exercício de 2010. Os valores dispendidos antes da implementação do controle foram:

Nota fiscal	Data	Valor
16.549 (fl. 192)	31.03.2010	R\$ 2.887,49
16.753 (fl. 194)	30.04.2010	R\$ 4.543,40
17.035 (fl. 196)	31.05.2010	R\$5.614,26
17.219 (fl. 198)	30.06.2010	R\$ 4.403,89
17.461 (fl. 200)	31.07.2010	R\$ 5.736,45

O total gasto no exercício de 2010 resultou em R\$ 49.586,73, enquanto no exercício anterior o montante total dos gastos com combustíveis foi de R\$ 64.527,61, assim distribuídos (Processo TC 2545/2010 - ex. 2009):

Mês	Valor Pago Exercício 2009
Março	5.891,86
Abril	3.707,12
Maiο	7.296,20
Junho	7.591,11
Julho	8.561,25
Agosto	7.618,36
Setembro	6.910,68
Outubro	5.406,77
Novembro	5.437,37
Dezembro	6.106,89

Vê-se, portanto, que, a partir de parâmetros objetivos, é notório o esforço feito pela Administração para reduzir as despesas com combustíveis, o que denota, na verdade, razoabilidade na realização da despesa, ao contrário do que se poderia supor, em razão da ausência de efetivo controle de gastos.

Assim como no item anterior, é mister ressaltar que a Equipe de Auditoria que apurou a inconsistência *in loco* não apontou indicativo de ressarcimento relativamente à mesma. A tese de imputação de débito somente foi incluída na Instrução Técnica Inicial ITI 149/2012.

Dessa forma, conclui-se que as despesas foram realizadas de maneira razoável e eficiente, diante da economia de recursos públicos. Consequentemente, verifica-se que o gestor cumpriu seu dever no tocante à boa e regular aplicação dos recursos públicos.

Nesse sentido, creio que o entendimento desta Corte de Contas deva ser no sentido de transformar a penalização pela ausência de controle no gasto com combustíveis em **determinação** à atual gestão para que complemente a formalização do efetivo

controle de gastos com combustíveis no sentido de explicitar a finalidade pública do trajeto percorrido.

Finalmente, no tocante ao **item 3.1.1.7 - Ausência de quantitativo necessário do objeto** - a própria Área Técnica afastou a imputação de débito, tendo em vista que houve a prestação de serviços, bem como o pagamento às concessionárias, o que exclui a configuração do dano.

Quanto à ausência de indicação do quantitativo necessário do objeto, entendo ser razoável a alegação da defesa de que não seria possível ao ente estabelecer um quantitativo fixo invariável, posto que tal critério engessaria a concessão do benefício. Como bem justifica o senhor Helber Antônio Vescovi, Procurador da Câmara Municipal, diante da rotatividade de servidores lotados nos Gabinetes, pessoas que não fazem jus ao benefício podem ser substituídas por outras que, em razão de seus endereços e demais critérios exigidos por lei, se enquadram dentre aqueles contemplados com o aludido benefício.

Ademais, de fato, o elemento essencial na realização da despesa em tela é a destinação correta do benefício àqueles que atendam aos requisitos previstos em lei, o que ocorreu na contratação sob análise. Por esse motivo, **entendo pelo afastamento da irregularidade.**

Tendo em vista a análise realizada item a item e o opinamento pelo apartamento da irregularidade relativa à gratificação indevida por participação em Comissão Permanente de Licitação, entendo restarem mantidas as seguintes inconsistências:

- **Ausência de fiscal do contrato**

**Base legal:** artigo 67, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal.

- **Ausência de repetição do certame – Convites 05/10 e 06/10**

**Base legal:** artigo 3º, e 22, §7º, da Lei 8.666/93

**Responsáveis:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal  
Renata Aquilino Tavares – Presidente da CPL  
Carlos Augusto Calvi Costalonga – Presidente em substituição

Eudes Gomes Rosalino – Membro da CPL  
Wilza M. D. Macedo Bianchini – Membro da CPL  
Carlos Roberto Bermudes Rocha – Membro da CPL  
Selma Silva Ramalho – Membro da CPL  
Alexsandro Segal – Membro da CPL.

Verifica-se que as inconsistências têm natureza formal, não ensejando qualquer desvio de recursos ou dano ao erário. Nos termos do artigo 84, inciso II da Lei Complementar 621/2012, as contas serão julgadas regulares com ressalva quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal, que não seja de natureza grave e não represente dano injustificado ao erário.

### **3 DISPOSITIVO**

Ante o exposto, obedecidos todos os trâmites processuais e legais, **divergindo** do entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

**3.1** Pela **manutenção** das seguintes **irregularidades**, apontadas no Relatório de Auditoria Ordinária RAO 60/2011 na Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010:

**3.1.1 Ausência de fiscal do contrato**

**Base legal:** artigo 67, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal.

**3.1.2 Ausência de repetição do certame – Convites 05/10 e 06/10**

**Base legal:** artigo 3º, e 22, §7º, da Lei 8.666/93

**Responsáveis:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal  
Renata Aquilino Tavares – Presidente da CPL  
Carlos Augusto Calvi Costalonga – Presidente em substituição  
Eudes Gomes Rosalino – Membro da CPL  
Wilza M. D. Macedo Bianchini – Membro da CPL  
Carlos Roberto Bermudes Rocha – Membro da CPL  
Selma Silva Ramalho – Membro da CPL  
Alexsandro Segal – Membro da CPL.

**3.2** Por julgar regulares as contas do senhor Helber Antonio Vescovi, Procurador Municipal da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso

I do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, **dando plena quitação** ao responsável, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma legal;

**3.3 Por julgar regulares com ressalva** as contas do senhor Gilberto Furieri, Presidente da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedades de natureza formal, que não são de natureza grave e que não representam dano injustificado ao erário, pela prática dos atos presentificados nos **itens 3.1.1 e 3.1.2** deste Voto;

**3.4 Por julgar regulares com ressalva** as contas dos membros da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, senhores Renata Aquilino Tavares, Carlos Augusto Calvi Costalonga, Eudes Gomes Rosalino, Wilza M. D. Macedo Bianchini, Carlos Roberto Bermudes Rocha, Selma Silva Ramalho e Alexsandro Segal, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedade de natureza formal, que não é de natureza grave e que não representa dano injustificado ao erário, pela prática do ato presentificado no **item 3.1.2** deste Voto;

**3.5 Por dar quitação** aos responsáveis, com amparo no artigo 86 da Lei Complementar 621/2012, **determinando** ao jurisdicionado a adoção das seguintes medidas:

**3.5.1** Para que designe, mediante ato específico, representante da Administração para acompanhamento e fiscalização da execução de cada contrato celebrado, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/93;

**3.5.2** Para que proceda à repetição do procedimento licitatório na modalidade Convite ante a ausência de três propostas válidas, ou que justifique devidamente no processo quando por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados for impossível a



obtenção de número mínimo de licitantes, nos termos do art. 22, §§ 3º e 7º da Lei 8.666/93;

**3.5.3** Para que inclua, em seu Sistema de Controle de Veículos e Combustíveis, a explicitação da finalidade pública de cada trajeto percorrido.

**3.6** Por apartar dos presentes autos o item 3.1.1.2, relativo à **gratificação indevida por participação em Comissão Permanente de Licitação**, sendo extraídas cópias das peças e documentos que versem sobre a inconsistência e atuadas em novo processo, a fim de que sejam incluídos no rol dos responsáveis os servidores comissionados beneficiários da gratificação indevida.

## **VOTO VISTA DO EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:**

### **1. RELATÓRIO**

Com o intuito de me inteirar de modo mais minucioso acerca do tema tratado no processo em tela, pedi vista e, após detida análise, submeto o presente voto à apreciação deste Colegiado.

Tratam de Prestação de Contas Anual e Relatório de Auditoria Ordinária da Câmara Municipal de Aracruz, referente ao exercício de 2010 sob a responsabilidade do Sr. Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal.

Após análise da Prestação de Contas enviada pelo Gestor municipal, foi elaborada pela 6ª Secretaria de Controle Externo a ICC 25/2011 (fls. 201/209) pugnando pela regularidade das contas.

Entretanto, consta apenso a esta prestação de contas o processo TC 1278/2011 que trata do Relatório de Auditoria Ordinária RA-O 60/2011, constante às fls. 04-23, onde se verificou a presença de indícios de irregularidades, o que ensejou a citação dos responsáveis, relacionados através da Instrução Técnica Inicial ITI 149/2012 (fls. 385/396), culminando na Decisão Monocrática Preliminar DECM 4/2012 de

fls.400/401, em que o Relator decidiu por citar os senhores Gilberto Furieri, Helber Antonio Vescovi, Renata Aquilino Tavares, Carlos Augusto Calvi Costalonga, Selma Silva Ramalho, Eudes Gomes Rosalino, Wilza Mara Duarte Macedo Bianchini, Alexsandro Segal e Carlos Roberto Bermudes Rocha, para que, no prazo improrrogável de trinta dias, apresentassem justificativas e/ou esclarecimentos que julgarem necessários quanto aos itens apontados na ITI 149/2012. Devidamente citados, os responsáveis apresentaram suas justificativas.

Após, foram os autos remetidos ao Núcleo de Estudos Técnicos e Análises Conclusivas NEC, tendo sido elaborada a ITC 3950/2013 (fls. 235-287), opinando pela manutenção das irregularidades apontadas na ITI supramencionada.

Em Plenário, o patrono dos defendentes Gilberto Furieri e Carlos Roberto Bermudes Rocha realizou sustentação oral, com as notas taquigráficas às fls. 306-313 e memoriais de fls. 315-340.

Em seguida, os autos retornaram ao NEC para apreciação das alegações aventadas na sustentação oral, conforme determinação contida na fl. 412, que se manifestou no sentido de que os elementos suscitados em defesa oral não alteraram as conclusões havidas na Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013. Dessa forma, opinou pelo prosseguimento do feito.

Após as análises realizadas pelo NEC, o Eminentíssimo Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, divergindo do entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, proferiu Voto nos seguintes termos:

**3.1** Pela **manutenção** das seguintes **irregularidades**, apontadas no Relatório de Auditoria Ordinária RAO 60/2011 na Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010:

**3.1.1 Ausência de fiscal do contrato**

**Base legal:** artigo 67, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal.

**3.1.2 Ausência de repetição do certame – Convites 05/10 e 06/10**

**Base legal:** artigo 3º, e 22, §7º, da Lei 8.666/93

**Responsáveis:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

Renata Aquilino Tavares – Presidente da CPL

Carlos Augusto Calvi Costalonga – Presidente em substituição

Eudes Gomes Rosalino – Membro da CPL

Wilza M. D. Macedo Bianchini – Membro da CPL

Carlos Roberto Bermudes Rocha – Membro da CPL

Selma Silva Ramalho – Membro da CPL

Alexsandro Segal – Membro da CPL.

**3.2 Por julgar regulares as contas** do senhor Helber Antonio Vescovi, Procurador Municipal da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso I do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, **dando plena quitação** ao responsável, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma legal;

**3.3 Por julgar regulares com ressalva** as contas do senhor Gilberto Furiere, Presidente da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedades de natureza formal, que não são de natureza grave e que não representam dano injustificado ao erário, pela prática dos atos presentificados nos **itens 3.1.1 e 3.1.2** deste Voto;

**3.4 Por julgar regulares com ressalva** as contas dos membros da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, senhores Renata Aquilino Tavares, Carlos Augusto Calvi Costalonga, Eudes Gomes Rosalino, Wilza M. D. Macedo Bianchini, Carlos Roberto Bermudes Rocha, Selma Silva Ramalho e Alexsandro Segal, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedade de natureza formal, que não é de natureza grave e que não representa dano injustificado ao erário, pela prática do ato presentificado no **item 3.1.2** deste Voto;

**3.5 Por dar quitação** aos responsáveis, com amparo no artigo 86 da Lei Complementar 621/2012, **determinando** ao jurisdicionado a adoção das seguintes medidas:

**3.5.1** Para que designe, mediante ato específico, representante da Administração para acompanhamento e fiscalização da execução de cada contrato celebrado, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/93;

**3.5.2** Para que proceda à repetição do procedimento licitatório na modalidade Convite ante a ausência de três propostas válidas, ou que justifique devidamente no processo quando por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes, nos termos do art. 22, §§ 3º e 7º da Lei 8.666/93;

**3.5.3** Para que inclua, em seu Sistema de Controle de Veículos e Combustíveis, a explicitação da finalidade pública de cada trajeto percorrido.

**3.6 Por apartar dos presentes autos o item 3.1.1.2**, relativo à **gratificação indevida por participação em Comissão Permanente de Licitação**, sendo extraídas cópias das peças e documentos que versem sobre a inconsistência e autuadas em novo processo, a fim de que sejam incluídos no rol dos responsáveis os servidores comissionados beneficiários da gratificação indevida.

Em seguida, com o intuito de me inteirar de modo mais minucioso acerca do tema tratado no processo em tela, pedi vista em sessão plenária, e, após detida análise, submeto o presente voto à apreciação deste Colegiado.

É o relatório.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

A questão jurídica que enseja a presente controvérsia diz respeito, **exclusivamente**, ao item 3.1.1.2 da Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013, relativo ao pagamento indevido de gratificação por participação na Comissão Permanente de Licitação.

No que tange a este item, reproduz-se, logo abaixo, trecho do Voto prolatado pelo Exmo. Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo:

No tocante ao **item 3.1.1.2** da Instrução Técnica Conclusiva ITC 3950/2013, relativo ao **pagamento indevido de gratificação por participação na Comissão Permanente de Licitação**, a partir da análise dos autos, constata-se que foram realizados pagamentos em desacordo com Lei Municipal 2.898, de 31 de março de 2006 (Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz), a qual expressamente proíbe, em seu Capítulo IV (Das Vantagens), o pagamento de gratificações e adicionais, seja de função, seja de participação em órgão de deliberação coletiva e em comissões especiais de trabalho, a servidores ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, de modo que ilegal seu respectivo pagamento. **Ademais, gratificação foi paga sobre a remuneração (vencimento mais vantagens pessoais), porém o Ato 1.407/2006 que a instituiu se refere apenas aos vencimentos mensais.**

[...]

Diante da total impossibilidade de pagamento de gratificação ou vantagem pela Câmara Municipal de Aracruz com fundamento na Lei Complementar 46/94, a qual institui o Regime Jurídico Único **para os servidores públicos civis da administração direta, das autarquias e das fundações do Estado do Espírito Santo**, e da expressa vedação do pagamento da gratificação em tela aos servidores comissionados pelo Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz - Lei Municipal 2.898, de 31 de março de 2006 - restam irregulares os pagamentos realizados.

Entretanto, entendo que a imputação do débito foi indevidamente realizada apenas na pessoa do gestor público, enquanto os verdadeiros beneficiários dos pagamentos indevidos - os servidores comissionados que receberam a gratificação proibida por lei - não foram chamados a compor o polo passivo nos presentes autos, o que impede a responsabilização dos mesmos na fase em que os autos se encontram.

Nesse sentido, entendo ser necessário **apartar o item relativo à gratificação indevida por participação em Comissão Permanente de Licitação, a fim de que os servidores comissionados beneficiários dos pagamentos irregulares sejam chamados a compor a lide juntamente com o gestor público.**

(grifei)

De acordo com o entendimento explicitado pelo Conselheiro Relator, o fato de a imputação do débito ter sido direcionada apenas para a pessoa do gestor público não condiz com a melhor técnica processual, tendo em vista que, em sua visão, também os beneficiários dos pagamentos indevidos deveriam ser chamados para compor o polo passivo.

Dessa maneira, o Relator vota no sentido de que seja apartado dos presentes autos as irregularidades tratadas no item 3.1.1.2 com o objetivo maior de viabilizar não só a completa composição da lide, mas também o contraditório a todos os beneficiários do pagamento indevido perpetrado e devidamente identificado pela área técnica.

Inegavelmente, as razões de decidir (*ratio decidendi*) que fundamentam a mencionada decisão guardam a devida coerência com os mandamentos constitucionais e legais. No entanto, **em homenagem ao princípio da segurança jurídica e consagrando a força vinculante dos precedentes, inclusive daqueles formados no âmbito desta Corte de Contas, creio que seja necessário o atendimento aos comandos expressados e consolidados por este Plenário nos autos do processo TC 2093/2012.**

Neste processo, cujo conteúdo recai justamente sobre a questão referente ao pagamento indevido de gratificação por participação na Comissão de Permanente de Licitação (referindo-se o processo, inclusive, ao mesmo jurisdicionado), a maioria do Plenário, seguindo o Voto-Vista do Exmo. Conselheiro Substituto Marco Antônio da Silva, entendeu que, quanto aos fatos a que se imputa responsabilidade ao gestor no item em referência, **exurgem duas situações que demandam averiguação**: (i) a primeira diz respeito à imputação de ressarcimento nos casos em que os servidores comissionados exerceram atividades em comissões especiais de trabalho; (ii) a segunda se refere ao pagamento da gratificação sem previsão legal específica e realizada sobre os vencimentos.

**No que tange à primeira situação em evidência**, destaco trecho do mencionado Voto, nos autos do processo TC 2093/2012, que preconiza o seguinte:

[...]

**No caso dos autos, a irregularidade subsiste no que diz respeito à existência de vedação de exercício de função em comissão especial, por parte de servidor**

**exercente unicamente de cargo comissionado**, nos termos do art. 110 do Estatuto dos servidores em sua redação original.

**Ocorre que o efetivo labor quanto a estes servidores existiu, isto é, a despeito de lei municipal impedir o exercício de função em comissão especial por parte de servidores comissionados, este labor efetivamente ocorreu, sendo que a jurisprudência pátria tem assentido na indenização do labor extraordinário, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública**, conforme ementa transcrita, *litteris*:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. **DESVIO DE FUNÇÃO. PROVIDO EM CARGO DE AUXILIAR DA POLÍCIA CIVIL. ATRIBUIÇÕES DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA COMPROVAÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** O servidor que, **em desvio de função, desempenha atribuições estranhas ao cargo público que ocupa, a que corresponde a sua remuneração, e que são próprias de outro cargo, melhor remunerado, faz jus, a título de indenização, às diferenças salariais correspondentes.** Comprovado através das normas legais que especificam as atribuições dos cargos, o exercício das funções próprias do cargo de Escrivão de Polícia pelo servidor provido no cargo de Auxiliar de Polícia Civil, deve a Administração Pública lhe pagar as diferenças remuneratórias relativas ao trabalho efetivamente exercido, sob pena de enriquecimento sem causa. **A condenação deve contemplar todo o período durante o qual permanecer o exercício em desvio de função.** Sentença reformada em reexame necessário. Prejudicado recurso do Estado. Recurso do autor provido. (TJMG; AC-RN 1.0024.12.050326-3/001; Relª Desª Heloisa Combat; Julg. 11/06/2014; DJEMG 16/06/2014) – grife e negritei

Sendo assim, **o labor extraordinário exercício pelos detentores de cargo comissionado em função exercida junto à Comissão Especial de Licitação, deve contemplar a remuneração relativa ao cargo comissionado adicionado desta gratificação, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração Pública Municipal, motivo pelo qual afasto a imputação de ressarcimento, sob a ótica em questão, mitigando os efeitos da irregularidade, posto que o valor despendido fora suprido pelo labor dos componentes da Comissão de Licitação.**

Com base no julgado acima citado, estabelece-se a premissa de que, apesar de a lei municipal impedir o exercício de função em comissão especial por parte de servidores comissionados – como, de fato, ocorre no caso concreto –, se for verificada a efetiva prestação do serviço, bem como a boa-fé dos beneficiários, há que indenizar o labor extraordinário, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública.

Nessa toada, conforme se pode observar das Atas de Julgamento da habilitação do Convite nº 02/2010, 04/201, 05/2010 e 06/2010 (fls. 692-706 dos autos do processo TC 1804/2011), os serviços foram efetivamente prestados pelos servidores comissionados e não há qualquer indicativo de que tenham tais beneficiários agido com má-fé.

Por esse motivo, objetivamente, **em que pese esteja constatado o exercício irregular de função em comissão de licitação, creio que deva ser afastado o dever de ressarcimento por parte do gestor, bem como entendo ser desnecessário apartar o item relativo à gratificação indevida por participação em Comissão Permanente de Licitação, a fim de que os servidores comissionados beneficiários dos pagamentos irregulares sejam chamados a compor a lide juntamente com o gestor público.**

Demais disso, **acerca da segunda situação em destaque**, corroboro com o posicionamento firmado nos autos do processo TC 2093/2012 que cristaliza a impossibilidade de aceitação da situação que envolve o pagamento da gratificação sem previsão legal específica e realizada sobre os vencimentos.

Em verdade, no que se refere a este ponto entendo que assiste razão à área técnica quanto à ocorrência neste caso, da vedação constitucional de se realizar pagamento de gratificação sobre gratificação, gerando efeito multiplicador, tal qual previsto no art. 37, XIV, da CF/88. Sobre isso, inclusive, cito mais um excerto do Voto-Vista prolatado nos autos do processo TC 2093/2012, *ad litteram*:

A segunda imputação de responsabilidade constante deste item, **diz respeito ao pagamento da gratificação sem previsão legal específica e realizada sobre os vencimentos**, de maneira que constou do art. 110 do Estatuto dos Servidores, na redação dada pela Lei nº 3.429/11, de 12/05/11, permissão de incidência da gratificação de Comissão permanente de Licitação - CPL sobre o somatório do vencimento com outras vantagens pecuniárias, **gerando um efeito multiplicador conhecido como “efeito repicão” ou “efeito cascata”, vedado pela CF/88.**

(item 1 da ITI 149/2012)O Estatuto dos servidores Municipais de Aracruz, assim estabelece o conceito de vencimentos, *verbis*:

Art. 80. **Vencimento ou vencimento-base** é a retribuição pecuniária pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei, vedada a sua vinculação ou equiparação.

Art. 81. **Os Vencimentos correspondem ao somatório do vencimento do cargo e as vantagens de caráter permanente** adquiridas pelos servidores.

Art. 82. **Remuneração é o vencimento do cargo**, acrescido das vantagens pecuniárias, permanentes ou temporárias, estabelecidas em lei. - grifei e negritei

Verifica-se que tanto o ato da Mesa Diretora nº 1.815/11, quanto a Lei n. 3.429/11, estabelecem a gratificação pela participação em Comissão Permanente de Licitação - CPL em percentual de 60% **a ser calculada sobre os vencimentos mensais do servidor.**



A expressão vencimentos no plural e não no singular, indica que a gratificação incidiria, como de fato incidiu, sobre o somatório do vencimento do cargo em adição às vantagens de caráter permanente adquiridas pelos servidores.

Assim, entendo que assiste razão à área técnica quanto à ocorrência neste caso, da vedação constitucional de se realizar pagamento de gratificação sobre gratificação, gerando efeito multiplicador, tal qual previsto no art. 37, XIV, da CF/88.

### 3. DECISÃO

Ante o exposto, acompanho, parcialmente, o posicionamento da área técnica, do Ministério Público Especial de Contas e do Eminentíssimo Conselheiro Relator, Dr. Sebastião Carlos Ranna de Macedo e **VOTO** no seguinte sentido:

a) Pela **MANUTENÇÃO DAS SEGUINTESS IRREGULARIDADES**, apontadas no Relatório de Auditoria Ordinária RAO 60/2011 na Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010:

**- Gratificação indevida por participação em CPL** (item 1 da ITI 149/2012)

**Base Legal:** artigo 37, caput, e X, da CF/88 c/c o art. 101, parágrafo único, 103, 104, parágrafo único, da Lei 2.898/06 (Estatuto dos Servidores Municipais de Aracruz)

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

**- Ausência de fiscal do contrato** (item 2 da ITI 149/2012)

**Base legal:** artigo 67, da Lei 8.666/93

**Responsável:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal.

**- Ausência de repetição do certame – Convites 05/10 e 06/10** (item 3 da ITI 149/2012)

**Base legal:** artigo 3º, e 22, §7º, da Lei 8.666/93

**Responsáveis:** Gilberto Furieri – Presidente da Câmara Municipal

Renata Aquilino Tavares – Presidente da CPL

Carlos Augusto Calvi Costalonga – Presidente em substituição

Eudes Gomes Rosalino – Membro da CPL

Wilza M. D. Macedo Bianchini – Membro da CPL

Carlos Roberto Bermudes Rocha – Membro da CPL

Selma Silva Ramalho – Membro da CPL

Alexsandro Segal – Membro da CPL.

**b) Pela REGULARIDADE** das contas do senhor Helber Antonio Vescovi, Procurador Municipal da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso I do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, **dando plena quitação** ao responsável, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma legal;

**c) Pela REGULARIDADE COM RESSALVAS** das contas do senhor Gilberto Furieri, Presidente da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedades de natureza formal, que não são de natureza grave e que não representam dano injustificado ao erário, pela prática dos atos presentificados nos **itens 1, 2 e 3 da ITI 149/2012;**

**d) Pela REGULARIDADE COM RESSALVAS** das contas dos membros da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, senhores Renata Aquilino Tavares, Carlos Augusto Calvi Costalonga, Eudes Gomes Rosalino, Wilza M. D. Macedo Bianchini, Carlos Roberto Bermudes Rocha, Selma Silva Ramalho e Alexsandro Segal, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedade de natureza formal, que não é de natureza grave e que não representa dano injustificado ao erário, pela prática do ato presentificado no **item 3 da ITI 149/2012;**

**e) Pela QUITAÇÃO** aos responsáveis, com amparo no artigo 86 da Lei Complementar 621/2012, **determinando** ao jurisdicionado a adoção das seguintes medidas:

**e.1)** Para que designe, mediante ato específico, representante da Administração para acompanhamento e fiscalização da execução de cada contrato celebrado, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/93;

**e.2)** Para que proceda à repetição do procedimento licitatório na modalidade Convite ante a ausência de três propostas válidas, ou que justifique devidamente no processo quando por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes, nos termos do art. 22, §§ 3º e 7º da Lei 8.666/93;

**e.3)** Para que inclua, em seu Sistema de Controle de Veículos e Combustíveis, a explicitação da finalidade pública de cada trajeto percorrido.

**e.4) Para que o atual gestor promova a regularização da situação de pagamentos de gratificações, de modo que se adeque aos exatos termos do mandamento constitucional constante do art. 37, XIV, que veda o computo de acréscimos pecuniários percebidos por servidor público para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob pena de imputação de ressarcimento em prestação de contas vindoura.**

Após a confecção do Acórdão, remetam-se os autos ao Ministério Público Especial de Contas para tomar conhecimento, nos termos da Lei 621/2012.

Por fim, cumpridas as formalidades legais, em não havendo expediente recursal, arquivem-se os presentes autos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC-1804/2011, **ACORDAM** os Srs. Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, em sessão plenária realizada no dia vinte e quatro de novembro de dois mil e quinze, à unanimidade, nos termos do voto do Relator, Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que encampou a divergência referente ao item e.4 do voto vista do Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges:

1. Julgar **regulares** as contas do senhor Helber Antonio Vescovi, Procurador Municipal da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso I do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, dando **quitação** ao responsável, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma legal;
2. Julgar **regulares com ressalva** as contas do senhor Gilberto Furiéri, Presidente da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedades de natureza formal, que não são de natureza grave e que não representam dano injustificado ao erário, pela prática dos atos presentificados nos

**itens 3.1.1 e 3.1.2** do voto do Relator, bem como, julgar **regulares com ressalva** as contas dos membros da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Aracruz no exercício de 2010, senhores Renata Aquilino Tavares, Carlos Augusto Calvi Costalonga, Eudes Gomes Rosalino, Wilza M. D. Macedo Bianchini, Carlos Roberto Bermudes Rocha, Selma Silva Ramalho e Alexsandro Segal, na forma do inciso II, do artigo 84 da Lei Complementar 621/2012, tendo em vista a evidência de impropriedade de natureza formal, que não é de natureza grave e que não representa dano injustificado ao erário, pela prática do ato presentificado no **item 3.1.2** do voto do Relator, dando **quitação** aos responsáveis acima mencionados;

**3. Determinar** ao atual gestor a adoção das seguintes medidas:

**3.1** Para que designe, mediante ato específico, representante da Administração para acompanhamento e fiscalização da execução de cada contrato celebrado, nos termos do art. 67 da Lei 8.666/93;

**3.2** Para que proceda à repetição do procedimento licitatório na modalidade Convite ante a ausência de três propostas válidas, ou que justifique devidamente no processo quando por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes, nos termos do art. 22, §§ 3º e 7º da Lei 8.666/93;

**3.3** Para que inclua, em seu Sistema de Controle de Veículos e Combustíveis, a explicitação da finalidade pública de cada trajeto percorrido;

**3.4** Para que o atual gestor promova a regularização da situação de pagamentos de gratificações, de modo que se adeque aos exatos termos do mandamento constitucional constante do art. 37, XIV, que veda o computo de acréscimos pecuniários percebidos por servidor público para

fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob pena de imputação de ressarcimento em prestação de contas vindoura;

**4. Arquivar** os autos após o trânsito em julgado.

#### **Composição Plenária**

Presentes à sessão plenária do julgamento os Senhores Conselheiros Domingos Augusto Taufner, Presidente, Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Relator, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, José Antônio Almeida Pimentel, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Sérgio Manoel Nader Borges e a Conselheira em substituição Márcia Jaccoud Freitas. Presente, ainda, o Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas.

Sala das Sessões, 24 de novembro de 2015.

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Presidente**

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

**Relator**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO JOSÉ ANTÔNIO ALMEIDA PIMENTEL

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

**Em substituição**

Fui presente:

DR. LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

**Procurador-Geral do Ministério Público Especial de Contas**

Lido na sessão do dia:

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

**Secretário-Geral das Sessões**