

Processo: 1092443
Natureza: Representação
Representante: Ana Paula Resende Souza
Representada: Câmara Municipal de Serranos
Responsáveis: Tiago Arantes Pires; Juliana Dnenfer Venancio Ltda.
Procuradores: Luiz Gustavo Proença de Rezende, OAB/MG n. 120.219; José Donizeti Venâncio Júnior, OAB/MG n. 139.133
Interessado: Vanderlei Antônio da Costa
MPC: Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria
RELATOR: CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS

PRIMEIRA CÂMARA – 17/12/2024

REPRESENTAÇÃO. CÂMARA MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE PINTURA NA SEDE DA CÂMARA MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO DOS ATOS DE DISPENSA. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO OU JUSTIFICATIVA PARA A CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A ESCOLHA DO FORNECEDOR. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. PROCEDÊNCIA. SEM APLICAÇÃO DE MULTA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO.

1. Na hipótese de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação, a Administração Pública deve providenciar, necessariamente, a realização de procedimento administrativo formal, de forma a possibilitar a demonstração da correta aplicação dos recursos públicos, bem como o atendimento aos princípios e regras do regime jurídico-administrativo, nos termos do disposto no art. 26 da Lei n. 8.666/1993, deixando explícito na fase de planejamento a motivação para escolha de determinado fornecedor e, ainda, a comprovação de que o preço contratado é compatível com os valores de mercado.
2. O disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb visa reservar a atuação punitiva sobre o agente público aos casos de condutas praticadas com dolo ou erro grosseiro, isto é, com maior grau de reprovabilidade, sendo a ação orientadora deste Tribunal mais adequada em situações em que as irregularidades não são suficientemente graves para motivar a aplicação de sanções aos responsáveis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expostas no voto do Relator, em:

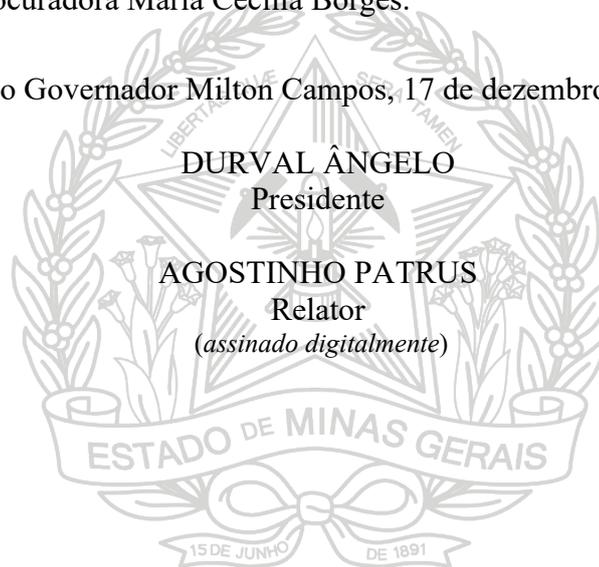
D) julgar procedente o apontamento de irregularidade da representação, pertinente à contratação direta de empresa para prestação de serviço de pintura da sede da Câmara Municipal de Serranos sem o devido procedimento administrativo formal de dispensa de licitação, notadamente pela ausência de apresentação da razão de escolha do fornecedor/executante, acompanhada da respectiva justificativa do preço;

- II) deixar de aplicar multa ao responsável em relação à irregularidade constatada, diante das circunstâncias do caso concreto, nos termos do disposto na fundamentação do voto;
- III) recomendar ao Chefe do Poder Legislativo de Serranos que se atente para a formalização do processo de dispensa, que deverá ser instruído com os documentos constantes do art. 72 e incisos da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos);
- IV) comunicar a representante e o interessado pelo Diário Oficial de Contas – DOC e intimar os responsáveis por via postal e pelo DOC, bem como os seus respectivos pro constituídos, também pelo DOC.
- V) determinar a intimação do Ministério Público de Contas, na forma regimental;
- VI) determinar o arquivamento dos autos, após o cumprimento dos procedimentos cabíveis à espécie, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro em exercício Hamilton Coelho e o Conselheiro Presidente Durval Ângelo.

Presente à sessão a Procuradora Maria Cecília Borges.

Plenário Governador Milton Campos, 17 de dezembro de 2024.



PRIMEIRA CÂMARA – 17/12/2024

CONSELHEIRO AGOSTINHO PATRUS:

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada pela Sra. Ana Paula Resende Souza, servidora pública municipal e Presidente do Partido dos Trabalhadores do Município de Serranos, em face de possíveis irregularidades na contratação realizada pelo Sr. Tiago Arantes Pires, então Presidente da Câmara Municipal, para apurar a regularidade da contratação por dispensa de licitação de serviços de pintura interna e externa do edifício da Câmara Municipal no exercício de 2016.

A representante apontou, em síntese, que o Sr. Tiago Arantes Pires teria realizado a contratação direta da empresa Juliana Dnenfer Venancio Ltda. (RLV Assessoria e Empreendimentos Imobiliários) para realizar a pintura da sede da Câmara Municipal de Serranos sem a celebração de contrato formal de prestação de serviços ou a realização de processo licitatório, estando ausentes qualquer motivação quanto a contratação ou justificativa para a escolha do fornecedor. Ademais, entendeu indevido o ajuste firmado com empresa não localizada no município, bem como considerou os valores elevados, em comparação com cotação que providenciou no ano de 2020, podendo ser indício de superfaturamento ou de desvio de dinheiro público.

Questionou, ainda, a não previsão, no objeto da contratada, de serviços de reformas ou pinturas em obras públicas ou privadas, mas sim compra e venda de imóveis, o que seria impeditivo para a prestação do serviço.

Por meio de Ofício n. 8472/2020 à peça n. 5, datado de 6/7/2020, a Presidência requereu à representante a complementação da documentação de forma a atender os requisitos de admissibilidade.

Enviado os documentos pertinentes, a documentação foi recebida em 21/7/2020 (peça n. 2) como representação, autuada e distribuída à relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio em 22/7/2020, peça n. 7.

Encaminhados os autos à Unidade Técnica, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 1ª CFM solicitou, à peça n. 9, a realização de diligência para complementação da instrução processual junto ao Presidente da Câmara Municipal de Serranos.

Em atendimento, o Sr. Vanderlei Antônio da Costa informou, por meio de documentação à peça n. 12, que não constavam documentos nos arquivos da Câmara acerca da prestação de serviços questionada, em especial quanto à cotação e o registro de procedimento licitatório, mas somente nota de empenho, nota fiscal, registro da empresa na junta comercial, contrato social da empresa e o comprovante de inscrição de seu CNPJ.

Em relatório técnico inicial de peça n. 14, a 1ª CFM entendeu pela procedência do apontamento de irregularidade, em razão da ausência de registro de procedimento formal de dispensa de licitação, bem como de pesquisa de preço e de justificativa para a necessidade de contratação.

Intimado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, à peça n. 20, requereu a citação dos responsáveis.

Em despacho de peça n. 21, o então relator determinou a citação do Sr. Tiago Arantes Pires, presidente da Câmara Municipal de Serranos durante o exercício de 2016, e da empresa RLV Assessoria e Empreendimentos Imobiliários, para apresentarem defesa.

Devidamente citados, o Sr. Tiago Arantes Pires e a empresa RLV Assessoria e Empreendimentos Imobiliários apresentaram defesa às peças n. 33 e 37, respectivamente.

À peça n. 40, em 26/11/2021, os autos foram redistribuídos à relatoria do Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e, em 2/2/2023, à minha relatoria.

A 3ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios – 3ª CFM, em análise de peça n. 43, apontou que não foram obedecidos os trâmites formais exigidos para a dispensa de licitação, o que configurou irregularidade. Destacou, contudo, que não haveriam elementos suficientes para se demonstrar a ocorrência de dano ao erário ou superfaturamento.

O Ministério Público de Contas, à peça n. 45, opinou pela procedência dos apontamentos da denúncia, por entender incontroversa a ausência de procedimento formal de dispensa de licitação, bem como por verificar indícios de irregularidade na escolha da empresa, com aplicação de multa ao Sr. Tiago Arantes Pires.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A representante aduziu que o Sr. Tiago Arantes Pires, Chefe do Legislativo Municipal de Serranos em 2016, teria incorrido em irregularidade ao realizar a contratação de serviços de pintura interna e externa do edifício da Câmara naquele ano, por meio de dispensa de licitação, sem, contudo, realizar os devidos trâmites formais exigidos pela legislação.

Declarou que não constariam documentos acerca da justificativa para o referido ajuste, bem como da pesquisa de preço por meio de cotação. Ainda, considerou injustificada a contratação de empresa não localizada no município, e que os valores seriam superiores aqueles do mercado, se comparados à cotação própria realizada em 2020, o que avaliou ser indício de superfaturamento.

Indicou, também, como irregular a opção pela empresa contratada, visto que seu objeto social não envolveria serviços de reformas ou pinturas em obras públicas ou privadas.

Em defesa de peça n. 33, o Sr. Tiago Arantes Pires alegou que a representação teria conotação política, sendo a representante sua “rival”, apoiada pelo Sr. Vanderlei Antônio da Costa, que era presidente da Câmara quando da apresentação da representação.

Assegurou que, após sua citação, requereu à Câmara Municipal a documentação e informações relativas ao procedimento questionado, tendo recebido como resposta que não constariam cotações de preço com objeto relativo à pintura ou documentação acerca da contratação além daquelas trazidas pela representante. Dessa forma, aduziu que os orçamentos realizados quando da contratação direta teriam sido suprimidos de seus arquivos.

Trouxe aos autos, em documentos de peça n. 34, págs. 11/17, supostos orçamentos que teriam sido encaminhados à Câmara antes da contratação, os quais foram assinados pelo Sr. Wagner Dias de Souza, que seria, à época, assessor legislativo.

Afirmou que o orçamento apresentado pela representante seria inverídico, dada informação fornecida pela secretária legislativa da Câmara Municipal, Sra. Otávia Bonsucesso Ramos, em certidão de peça n. 35, de que não teria ocorrido qualquer vistoria ou inspeção nas dependências da Câmara entre 21/4/2020 e 30/6/2020, e, portanto, não seria possível o suposto fornecedor aferir valor para a execução do serviço sem a realização de visita para avaliação.

A empresa Juliana Dnenfer Venancio Ltda., cujo nome-fantasia é RLV Assessoria e Empreendimentos Imobiliários, apresentou defesa à peça n. 37 por meio da qual reforçou os

argumentos apresentados pelo Sr. Tiago Arantes Pires e alegou que não existiria ilegalidade na ausência de licitação, por se tratar de hipótese de dispensa.

Arguiu que a gestão da Câmara, na época da representação, teria supostamente omitido informações e documentos em prejuízo dos defendentes, e que teria havido má-fé por parte da representante.

A 3ª CFM, em sua análise de defesa de peça n. 43, apontou que o defendente, Sr. Tiago Arantes Pires, não contrapôs a afirmação acerca da ausência de motivação para a contratação, bem como reconheceu que não houve formalização do procedimento de dispensa de licitação.

Esclareceu ainda que embora se tratasse de hipótese em que não seria necessária a realização de licitação, era necessário que fossem seguidos os procedimentos formais exigidos pela legislação, conforme parágrafo único do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, configurando irregularidade. Admitiu, contudo, que a mera declaração trazida pela representante constando valores relacionados a um único fornecedor, sem qualquer documentação complementar demonstrando sua veracidade, não seria suficiente para indicar o preço de mercado do serviço prestado, não havendo, portanto, elementos mínimos para a configuração de dano ao erário. Entendeu, assim, que caberia somente a aplicação das sanções previstas pelo art. 85 da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

O Ministério Público de Contas, em sua manifestação conclusiva, peça n. 45, entendeu que teria restado incontroversa a ausência de procedimento formal de dispensa de licitação. Também observou que a opção pela empresa contratada seria questionável, visto sua localização constar a mais de 200 (duzentos) quilômetros de distância do município. Ademais, teria verificado que, na sede da RLV Assessoria e Empreendimentos Imobiliários, funcionaria uma mercearia e não empresa com objeto relacionado ao da empresa em questão, o que seria reforçado pelo fato dos serviços terem sido prestados por meio de subcontratação comprovada pelo próprio defendente.

Considerou ainda como insuficientes os orçamentos apresentados, dado que todos se referem a empresas localizadas a uma distância significativa do município, sendo o mais próximo a 142 (cento e quarenta e dois) quilômetros de Serranos, sem qualquer justificativa para a ausência de valores de fornecedores localizados nos arredores. Tais orçamentos não corresponderiam, portanto, à realidade dos preços locais para o serviço, motivo pelo qual entendeu que se deveria aplicar multa ao Sr. Tiago Arantes Pires.

Com efeito, o art. 24, II, c/c o art. 23, II, “a”, da Lei n. 8.666/1993, dispõe que a licitação é dispensável para serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto para a modalidade convite, atualmente fixado em R\$ 17.600,00 (= R\$ 176.000,00 x 10%), hipótese dos autos, tendo em vista que o valor do serviço prestado foi de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), peça n. 3, pág. 12/13.

Entretanto, para a realização da contratação derivada de dispensa de licitação, é necessário que se observe o previsto pelo art. 26 da referida lei¹, ou seja, que se comprove na fase de

¹ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Destaquei)

planejamento da dispensa a razão de escolha do fornecedor contratado, acompanhada da respectiva justificativa do preço, mesmo que se trate de ajuste de valor reduzido, devendo o gestor público se atentar para a adequada e proporcional adoção de providências para se obter a utilização mais eficiente dos recursos públicos, ainda que de forma simplificada, como ensina Marçal Justen Filho²:

A contratação direta submete-se a um procedimento administrativo, como regra. **Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação.** Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.

[...]

Esse procedimento envolve autonomia variável para a Administração, mas que versa sobre as providências a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença dos requisitos da contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração quanto ao particular e o preço contratado.

[...]

Mesmo quando se trate de contratação de valor reduzido, não se justifica a ausência de providências para obter a utilização mais eficiente dos recursos públicos. A Administração está obrigada a adotar procedimentos seletivos simplificados, especialmente quando tal for compatível com as circunstâncias. É o que se passa, por exemplo, no caso do art. 24, I e II. Sem incorrer em dispêndios econômicos ou temporais excessivos, deverá verificar os preços de mercado, convidar interessados, receber propostas e manter cadastro de fornecedores para contratações de pequeno valor. [...] (Destaquei)

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Joel de Menezes Niebuhr³:

Em todos os casos de contratação direta, a Administração Pública deve motivar o ato de dispensa ou de inexigibilidade, apontando os fatos e as justificativas que lhe fundamentam, inclusive indicando o suporte legal tomado em consideração (caput do artigo 26, princípio da motivação e da indisponibilidade do interesse público). É preciso caracterizar a situação de dispensa e de inexigibilidade.

[...]

A Administração Pública, então, **deve realizar pesquisa de preços, para que tenha uma referência dos valores envolvidos na futura contratação.** Esse procedimento é disciplinado, em âmbito federal, pela Instrução Normativa nº 05, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. A pesquisa de preços, conforme o seu artigo 2º, deve ser realizada no Portal de Compras Governamentais, pesquisa publicada em mídia especializada, contratações similares de outros órgãos públicos (em execução ou concluídos em menos de 180 dias) e pesquisa com fornecedores.

Depois disso, dispondo do preço de referência, é necessário verificar se a importância necessária para adimplir o contrato encontra previsão orçamentária, por obséquio ao inciso I ou ao §1º, ambos do artigo 167 da Constituição Federal. A Administração Pública não pode contratar sem que haja previsão orçamentária para cumprir as obrigações assumidas,

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, p. 295-296 e 651.

³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr), p. 78-79.

o que decorre até mesmo da boa-fé com que se presume sejam travadas as suas relações jurídicas.

Em seguida, a Administração Pública deve escolher com quem contratar e em quais condições. Nesta fase, ela não precisa tratar todos os possíveis interessados com igualdade, o que seria necessário se ela devesse proceder à licitação pública. Repita-se, nos casos de dispensa e de inexigibilidade são aceitos agravos à isonomia, que cederá em face da impossibilidade de realizar a licitação pública ou da proteção de outros valores relacionados ao interesse público. Contudo, no mesmo passo, não se quer afirmar que a isonomia é derogada por completo, porque Administração Pública não pode fazer valer discriminações desproporcionais e desnecessárias. Portanto, para escolher o contratante, a Administração Pública não é obrigada a tratar todos os possíveis interessados com igualdade, no entanto, na maior medida possível deve fazê-lo.

[...]

De toda sorte, **é imperativo que a Administração Pública decline as razões que a levaram a escolher o contratado (inciso II do artigo 26 da Lei nº 8.666/93, princípio da indisponibilidade do interesse público), bem como justifique o preço pactuado, comprovando que ele é compatível com os valores de mercado (inciso III do mesmo artigo e §2º do artigo 25).** (Destaquei)

É válido esclarecer, portanto, que a contratação direta, mesmo nos casos de dispensa em razão do valor, como na hipótese do art. 24, II, da Lei n. 8.666/1993, não equivale a um procedimento informal, de modo que se deve fazer constar algumas informações e formalidades imprescindíveis a justificar a escolha do contratado e o preço a ser praticado. Logo, não significa que o gestor público esteja legitimado a atuar de acordo com seu livre arbítrio, uma vez que deve sempre agir pautado no interesse público primário.

Ressalto que esse posicionamento possui ampla aceitação na jurisprudência deste Tribunal de Contas, como é possível observar das decisões proferidas na Representação n. 969497, de relatoria do Conselheiro Sebastião Helvecio, sessão da 1ª Câmara de 3/9/2019⁴; na Licitação n. 1012312, de relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, sessão da 1ª Câmara de 25/8/2020⁵; e no Recurso Ordinário n. 1107706, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, datada de 30/11/2022⁶, que, pela clareza dos argumentos, colacionado trechos da decisão abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO. INSPEÇÃO EXTRAORDINÁRIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PRELIMINARES. ADMISSIBILIDADE. CONHECIMENTO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. MÉRITO. AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS MEDIANTE COMPRA DIRETA. AUSÊNCIA DE FORMALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE DISPENSA DE CERTAME. IRREGULARIDADE. RAZÕES RECURSAIS INCAPAZES DE MODIFICAR A

⁴ [...] 3. Para promover-se a contratação direta, devem ser observados critérios como a motivação para escolha e, ainda, comprovação de que o preço contratado é compatível com os valores de mercado.

⁵ [...] 1. Para efeitos do inciso III, do parágrafo único do art. 26 da Lei n. 8.666/93, não basta a comprovação ulterior de que os preços praticados na dispensa de licitação são compatíveis com os preços praticados pelo mercado, é necessário que se faça constar a comprovação documental da justificativa do preço no processo de dispensa de licitação devidamente formalizado. 2. A justificativa dos quantitativos para a contratação é condição legal imposta pelo art. 7º, § 2º, II e §4º, da Lei n. 8.666/93 e não está dispensada da instrução do processo de dispensa de licitação, senso, inclusive, essencial para a correta justificativa do preço.

⁶ [...] 2. O ordenador de despesas destinadas à compra direta de medicamentos deve obrigatoriamente formalizar o processo de dispensa de licitação instruído com as respectivas justificativa de preços e escolha do fornecedor, nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, a fim de possibilitar a aferição da regularidade dos procedimentos administrativos e a correta aplicação dos recursos públicos. 3. A obrigação de formalização de processo de dispensa de licitação diz respeito à rotina administrativa. Configura-se o erro grosseiro quando a conduta culposa do agente público se distancia daquela que seria esperada do Administrador médio, avaliada no caso concreto.

DECISÃO RECORRIDA. ERRO GROSSEIRO. MULTA MANTIDA. APELO NÃO PROVIDO. [...] 2. O ordenador de despesas destinadas à compra direta de medicamentos deve obrigatoriamente formalizar o processo de dispensa de licitação instruído com as respectivas justificativa de preços e escolha do fornecedor, nos termos do art. 26 da Lei n. 8.666/1993, a fim de possibilitar a aferição da regularidade dos procedimentos administrativos e a correta aplicação dos recursos públicos. 3. A obrigação de formalização de processo de dispensa de licitação diz respeito à rotina administrativa. Configura-se o erro grosseiro quando a conduta culposa do agente público se distancia daquela que seria esperada do Administrador médio, avaliada no caso concreto.

[...]

A unidade técnica, em seu relatório, ponderou não assistir razão ao recorrente, destacando que, a despeito de na Lei n.º 8.666/1993 desobrigar-se que as aquisições lastreadas no inciso II do art. 24 observem o procedimento enunciado no art. 26 do mencionado diploma, a hermenêutica perfilhada por esta Corte de Contas exige, sim, a formalização do processo de dispensa por parte do Administrador Público, devidamente instruída com o projeto básico, orçamento detalhado e demais justificativas assinaladas na legislação de regência.

Na oportunidade, o órgão técnico transcreveu diversos precedentes deste Sodalício acerca da temática, dentre os quais trago à colação os seguintes excertos:

“2. Quando a Administração descumpre as exigências mínimas estabelecidas em lei, ao não instruir o processo de dispensa com justificativa de preço, que poderia ter sido obtida por apenas um dos parâmetros alternativos, estabelecidos, exatamente, para fins de simplificação e, sobretudo, controle da contratação, deve ser essa conduta reprimida por meio de aplicação de sanção pecuniária.” (Representação n.º 1.095.407. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Segunda Câmara. Deliberada na sessão de 10/2/2022. Acórdão disponibilizado no DOC de 30/3/2022)

“2. O gestor público deve observar, nos processos de contratação direta, a obrigatoriedade de instruir os autos com a razão da escolha do fornecedor/executante e com a justificativa do preço.” (Representação n.º 1.047.975. Rel. Cons. Subs. Licurgo Mourão. Primeira Câmara. Deliberada na sessão de 25/5/2021. Acórdão disponibilizado no DOC de 19/7/2021)

“Os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação deverão ser instruídos com a justificativa do preço, conforme determinado no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993.” (Representação n.º 1.071.302. Rel. Cons. Subs. Hamilton Coelho. Primeira Câmara. Deliberada na sessão de 15/12/2020. Acórdão disponibilizado no DOC de 24/2/2021)

“4. Ainda que se trate de dispensa de licitação, a Administração Pública não está autorizada a contratar o particular por qualquer via, porquanto a contratação direta deverá ser precedida, necessariamente, de procedimento administrativo formal, que evidencie a obediência aos princípios e regras do regime jurídico administrativo, sobretudo, o disposto no art. 26 da Lei n.º 8.666/1993. (Recursos Ordinários n.ºs 1.072.531 e 1.076.886. Rel. Cons. Cláudio Couto Terrão. Tribunal Pleno. Deliberados na sessão de 16/9/2020. Acórdãos disponibilizados no DOC de 15/1/2021)

Irrepreensível, outrossim, a fundamentação dos arestos recorridos no sentido de que as notas de empenhos e ordens de fornecimento, invocadas pelo recorrente como substrato suficiente para elidir a necessidade de justificação das compras dos medicamentos via procedimento autônomo, somente se prestam a suprir o instrumento contratual previsto no art. 62 da Lei n.º 8.666/1993, mas não o prévio processo formal de dispensa de certame, no qual se arcabouça o compromisso celebrado pela Administração Municipal.

[...]

Na decisão combatida, contudo, contextualizou-se a conjuntura de agente político desempenhada pelo recorrente, enquanto Secretário Municipal de Saúde à época dos fatos, autoridade, portanto, legalmente responsável pelo ordenamento e pela liquidação das despesas atinentes aos medicamentos adquiridos pela municipalidade. Nesse ponto específico, acentuo que o TCU fixou hermenêutica no sentido de que “ordenar a realização de procedimento licitatório ou dispensá-lo é ato próprio da competência do ordenador de despesas e não da CPL”, conforme consignado no Acórdão n.º 2492/2016-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman.

Impõe-se ao administrador público a fiel obediência ao ordenamento jurídico, estando submetido, pois, aos princípios constitucionais preceituados no caput do art. 37 da Constituição da República, notadamente o princípio da legalidade. Destarte, incumbe ao agente responsável demonstrar, de forma cabal, a existência de justa causa para o descumprimento de dever jurídico imposto por lei, o que, in casu, não ocorreu.

Sobressai que a imputação de penalidade pela instância controladora ao gestor desobediente aos comandos da lei não se subsume à necessária apuração de dano ao erário, sendo imperioso, todavia, a exemplo da hipótese concreta dos autos, identificar-se o erro grosseiro incorrido pelo agente responsável, ou seja, a inobservância do dever de cuidado do homem médio, em respeito às nuances dos arts. 22 e 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb.

Pois bem! O art. 28 da Lindb estabelece que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, qual seja “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”, conforme disposto no art. 12 do Decreto Federal n.º 9.830/2019.

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald asseveram que “a culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam.” (in “Curso de Direito Civil”, Ed. Atlas, São Paulo, p. 169)

De igual modo, na jurisprudência do TCU acentua-se que “resta configurada a ocorrência de erro grosseiro quando a conduta culposa do agente público distancia-se daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.” (TCU - Acórdão n.º 2860/2018, Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman)

Outrossim, é de salutar importância destacar precedente do Tribunal Pleno desta Corte de Contas no sentido de que “a contratação direta sem a promoção de um procedimento formal não se trata de escolha discricionária, interpretação errônea ou equívoco escusável, mas sim de irregularidade por erro grosseiro, o que enseja a aplicação de multa por este Tribunal”, conforme consignado nos autos do Recurso Ordinário n.º 1.077.033, de relatoria do Conselheiro Cláudio Couto Terrão.

Assim, considerando que a multa aplicada ao gestor pautou-se no art. 85, II, da Lei Complementar n.º 102/2008, proporcionalmente à infração aos dispositivos legais regentes da matéria, e consubstanciado o erro grosseiro previsto no art. 28 da Lindb, nego provimento ao apelo interposto pelo Recorrente, nos termos da fundamentação retro esposada. (Destaquei)

No caso dos autos, verifiquei que ocorreu, de fato, a irregularidade na contratação devido à falta de apresentação de justificativa para escolha do fornecedor e de qualquer documentação relativa à orçamentos ou à pesquisa de preço, tendo o próprio defendente, à peça n. 34, pgs. 3 e 8, admitido que não realizou o devido procedimento administrativo formal, senão vejamos:

Embora não tenha havido processo licitatório da maneira formal, ou seja, com autuação dos documentos, numeração do processo e da modalidade e contrato escrito, **antes de ter sido feita a contratação** da empresa para realização dos serviços de pintura, a d. Câmara Municipal de Serranos providenciou 03 (três) cotações com empresas idôneas, conforme se apurada da documentação que instrui a presente manifestação.

Assim, em que pese não ter havido autuação de processo licitatório, a contratação sem a realização de competição aberta em sessão pública estava expressamente autorizada pela Lei Geral da Licitações, que conferia a possibilidade da contratação se dar por dispensa de licitação.

Dessa forma, ainda que tenha havido equívoco de não ter sido materializado o processo licitatório, a forma de contratação por dispensa de licitação estava expressamente amparada pela Lei Federal nº 8.666/93.

Constatei, ainda, que não se aplica *in casu* o disposto no art. 60, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, que estabelece que será admitida a contratação verbal, em regime de adiantamento, para compras de pronto pagamento, já que o valor pago pelos serviços⁷ prestados em 2016, de R\$ 7.600,00, foi superior a 5% do limite estabelecido no art. 23, II, “a”, da Lei n. 8.666/1993⁸, à época definido em R\$ 4.000,00=R\$ 80.000,00*0,05. **De toda forma, tanto as compras como os serviços devem apresentar caráter de urgência e imprevisibilidade, de modo que a sua contratação não pode aguardar o regular processamento das despesas públicas.** A constatação da impossibilidade de planejamento é de suma importância, na medida em que o suprimento de fundos afasta as formalidades consideradas indispensáveis pela Lei n. 8.666/1993 (tais como pesquisa de preços, avaliação das condições de habilitação, etc)⁹.

Além disso, é pertinente o questionamento do *Parquet* Especial de que todas as empresas das quais se colheu os orçamentos se localizam, conforme a própria documentação apresentada pelo defendente, à pelo menos 149km de distância do Município de Serranos, e que o serviço foi prestado mediante subcontratação realizada pela empresa RLV Assessoria e Empreendimentos Imobiliários (que possuía sede à quase 300km do local da prestação dos serviços) de pintor domiciliado no próprio município de Serranos, conforme declaração trazida aos autos pelo Sr. Tiago Arantes Pires, peça n. 34, pg. 11.

De outro lado, vejo que não há prova da existência de fraude na presente dispensa, mesmo porque, não há a presença de suposta incompatibilidade entre o objeto contratado e o ramo de atividade desenvolvido pela empresa – em consulta ao comprovante de inscrição e de situação cadastral da empresa junto à Receita Federal constante dos autos, peça n. 3, págs. 18/19, foi possível verificar que entre as atividades econômicas secundárias incluía-se “obras de alvenaria” e “outras obras de acabamento da construção”, razão pela qual não há que se falar em irregularidade neste ponto.

⁷ Embora esse dispositivo se refira apenas a compras, deve-se entender pela sua extensão aos serviços que se enquadrem nos parâmetros indicados.

⁸ Valores só reajustados pelo Decreto n. 9.412, de 18 de junho de 2018.

⁹ São requisitos a **execução e pagamento imediatos + valor inferior a R\$ 4.000,00**) A jurisprudência do TCU, a exemplo dos Acórdãos 1.338/2010-TCU- Segunda Câmara, 1.365/2010-TCU- Segunda Câmara, 3.075/2010-TCU- Segunda Câmara, 3.655/2010-TCU- Segunda Câmara, 908/2008-TCU- Segunda Câmara, 1.276/2008-TCU- Plenário, 1.688/2008-TCU- Plenário, 2.316/2008-TCU- Segunda Câmara e 3.738/2007-TCU- Primeira Câmara, é clara no sentido de que o suprimento de fundos aplica-se apenas às despesas realizadas em caráter excepcional e que, comprovadamente, não se subordinem ao processo normal de aquisição. As despesas passíveis de planejamento devem ser submetidas ao procedimento licitatório ou de dispensa ou inexigibilidade de licitação, dependendo da estimativa de valor dos bens ou serviços a serem adquiridos.

Não verifico, ainda, a efetiva existência de dano ao erário, pois estão ausentes os documentos que demonstrariam cabalmente se os valores praticados seriam inconciliáveis com aqueles contratados à época, o que é reforçado pelo longo transcurso do tempo, que dificulta (senão impossibilita) tal verificação – informe-se que embora o valor de orçamento apresentado pela representante (pg. 11, peça n. 3) seja significativamente inferior àqueles apresentados pelo defendente, este isoladamente não é capaz de atestar a ocorrência de superfaturamento.

Ante o exposto, na linha da jurisprudência mencionada e em consonância com a Unidade Técnica e com o Ministério Público de Contas, entendo que, no caso vertente, a ausência de formalização do processo de dispensa de licitação para a contratação de serviço de pintura da sede da Câmara Municipal de Serranos afrontou os termos do art. 26, parágrafo único, II e III, da Lei n. 8.666/1993, razão pela qual julgo procedente este apontamento de irregularidade.

Não obstante, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal, tendo em vista que na fixação de sanção esta Corte considerará, dentre outras circunstâncias, a gravidade da falta, o grau de instrução do servidor ou do responsável e sua qualificação funcional, observado o princípio da razoabilidade, e pelo fato de o defendente ter apresentado alguns documentos, mesmo que insuficientes, mas que denotam uma tentativa de se promover o procedimento de dispensa em atenção àquilo exigido por lei, afasto a aplicação de multa *in casu*.

Ressalto que o disposto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb visa reservar a atuação punitiva sobre o agente público aos casos de condutas praticadas com dolo ou erro grosseiro, isto é, com maior grau de reprovabilidade, sendo a ação orientadora deste Tribunal mais adequada em situações em que as irregularidades não são suficientemente graves para motivar a aplicação de sanções aos responsáveis.

Deve ser recomendado ao Chefe do Poder Legislativo de Serranos que se atente para a formalização do processo de dispensa, que deverá ser instruído com os documentos constantes do art. 72 e incisos da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, julgo procedente o apontamento de irregularidade da representação, pertinente à contratação direta de empresa para prestação de serviço de pintura da sede da Câmara Municipal de Serranos sem o devido procedimento administrativo formal de dispensa de licitação, notadamente pela ausência de apresentação da razão de escolha do fornecedor/executante, acompanhada da respectiva justificativa do preço.

Deixo de aplicar multa ao responsável em relação à irregularidade constatada, diante das circunstâncias do caso concreto, nos termos do disposto na fundamentação deste voto.

Recomendo ao Chefe do Poder Legislativo de Serranos que se atente para a formalização do processo de dispensa, que deverá ser instruído com os documentos constantes do art. 72 e incisos da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Comunique-se a representante e o interessado pelo Diário Oficial de Contas – DOC e intimem-se os responsáveis por via postal e pelo DOC, bem como os seus respectivos advogados constituídos, também pelo DOC.

Intime-se, ainda, o Ministério Público de Contas, na forma regimental.

Promovidas as demais medidas cabíveis à espécie, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, I, do Regimento Interno.

* * * * *