

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO - TRIBUNAL DE
CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS.

PROCESSO Nº: 4795/2019

QUARTA RELATORIA

Senhor Conselheiro,

Neura Maria de Oliveira Rocha, brasileira, casada, portadora do RG nº 200714 SSP/TO e inscrita no CPF nº. 805.102.481-87, residente e domiciliada na Rua 06 Lt 19 Qd F, Setor: Pedro Simão Gus, município de Lagoa da Confusão /TO, vem à presença de Vossa Excelência, por meio da sua advogada, em atenção ao Relatório de Auditoria nº 13/2019, deste Tribunal de Contas, apresentar justificativa, conforme segue:

1. DO RESUMO DOS FATOS.

Conforme consta no Relatório Técnico N° 13/2019, houve fracionamento de despesa em serviços de digitalização, tendo em vista que os serviços foram divididos em 04 (quatro) contratos, no valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), que totalizam R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais), sendo um deles da Secretaria Municipal de Educação e Cultura.

Na conclusão da 4ª Relatoria deste Tribunal de Contas, fora determinado:

- A manifestação da responsável, para apresentar alegações de defesa.



2. DAS JUSTIFICATIVAS.

2.1. Das falhas apontadas no Relatório Técnico N° 13/2019

Na referida representação foi apontada o fracionamento de despesas na prestação de serviço de digitalização.

Examinando a matéria trazida aos autos, verifica-se que o ponto principal do debate refere-se ao questionamento de fracionamento. Contudo, há de ser considerada Unidade Gestora, com autonomia orçamentária e administrativa, não se, restringindo por consequência, o âmbito espacial para cálculo do valor máximo a ser concedido nos limites previstos no artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93 (dispensa de licitação em razão do valor).

O exame da matéria relaciona-se diretamente ao conceito de unidade gestora, que regulamenta as despesas, como qualquer unidade administrativa ou orçamentária investida de poder para gerir créditos orçamentários ou recursos financeiros.

A existência de unidade gestora depende da capacidade para gerir créditos orçamentários ou recursos financeiros, seja por uma unidade orçamentária que possua dotação orçamentária própria, seja por uma unidade administrativa que tenha capacidade para executar seus próprios planos de trabalho. A Secretaria Municipal de Educação e Cultura, por meio da gestora a época, possui unidade orçamentária com dotação para execução do serviço.

Logo, as unidades gestores são diferentes, devendo, portanto a aferição do limite de dispensa deve ser individual, por unidade gestora contratante, e não coletiva, como apontada no Relatório de Auditoria.

Dessa forma, a unidade gestora previu as contratações que realizaria no curso do exercício, sendo que as despesas decorrentes de objetos não

previsíveis poderiam ser contratadas através de dispensa de licitação, desde que não ultrapassem o valor previsto no art. 24, I e II, da Lei Federal 8.666/93;

As entidades desconcentradas em municípios, dotadas de autonomia financeira, ao contratarem obras e serviços de engenharia ou outros serviços e compras, concomitantemente ou não, respeitados os limites estabelecidos nos incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações, poderão utilizar-se da modalidade convite ou, se for o caso, da dispensa pelo valor, ainda que o somatório global das contratações referentes ao conjunto das unidades administrativas ultrapasse os limites para os referidos procedimentos licitatórios, as licitações realizadas por unidades administrativas autônomas tem autonomia para escolher a modalidade adequada, não precisando somar os valores de seus contratos aos realizados pelas demais unidades.

Em razão de o orçamento ser da unidade gestora, que possuem autonomia financeira, devem ser somadas para verificação da ocorrência de fracionamento e se verificar, o valor da dispensa no valor R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), abaixo do valor possível de dispensa de licitação, e não a soma de todas as unidades gestoras.

ACÓRDÃO TCU 1276/2008

Ementa

AUDITORIA DE CONFORMIDADE. DESPESAS COM SUPRIMENTO DE FUNDOS. CARTÃO DE PAGAMENTO DO GOVERNO FEDERAL (CPGF). CARTÕES CORPORATIVOS. VERIFICAÇÃO DE OCORRÊNCIAS QUE ENSEJAM DETERMINAÇÕES PARA O DEVIDO SANEAMENTO. CONSTATAÇÃO DE OPORTUNIDADES PARA MELHORIA DE DESEMPENHO E APERFEIÇOAMENTO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTOS A RESPEITO DA MATÉRIA EM CARÁTER NORMATIVO. RECOMENDAÇÕES E DETERMINAÇÕES. 1. As hipóteses previstas nos incisos I a III do art. 45 do Decreto nº 93.872/1986 exaurem o rol dos casos em que é possível a concessão de suprimento de fundos, devendo ser submetidas ao processo normal de aplicação as despesas cujos valores excedam ao fixado pela Portaria MF nº 95/2002, ou que não sejam eventuais e não exijam pronto pagamento ou as que não tenham caráter sigiloso. 2. O suprimento de fundos aplica-se apenas às despesas realizadas em caráter excepcional, e, por isso, aquelas que se apresentem passíveis de planejamento devem ser submetidas ao

procedimento licitatório ou de dispensa de licitação, dependendo da estimativa de valor dos bens ou serviços a serem adquiridos. 3. Os limites estabelecidos pelo art. 1º da Portaria nº 95/2002, do Ministério da Fazenda, referem-se a todo e qualquer tipo de suprimento de fundos e não apenas aos destinados a atender às despesas de pequeno vulto, ressalvados os casos expressamente autorizados por Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente, desde que caracterizada a necessidade em despacho fundamentado, consoante o disposto no § 3º do art. 1º daquele normativo (Portaria MF nº 95/2002). 4. A utilização de suprimento de fundos para aquisição, por uma mesma unidade gestora, de bens ou serviços mediante diversas compras em um único exercício e para idêntico subelemento de despesa, cujo valor total supere os limites dos incisos I ou II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, constitui fracionamento de despesa, situação vedada pelos referidos dispositivos legais. 5. A realização de dispêndios mediante suprimento de fundos com direcionamento a determinados fornecedores constitui afronta ao princípio da impessoalidade, consagrado no art. 37 da Constituição Federal. 6. Os órgãos/entidades da Administração Federal devem instituir, mediante normativos internos, parâmetros claros e rigorosos para a concessão de cartão de pagamento a seus servidores, os quais devem considerar as peculiaridades de cada unidade, estabelecendo critérios, limites e restrições para a utilização de suprimento de fundos na modalidade "saques em espécie", em cumprimento ao disposto no art. 65 da Lei nº 4.320/1964, bem assim no art. 45 do Decreto nº 93.872/1986, com a redação dada pelo Decreto nº 6.370/2008, e no art. 4º, § 2º, da Portaria MPOG nº 41/2005. 7. A concessão de suprimento de fundos, sempre precedida de motivação que evidencie a necessidade e excepcionalidade da utilização do referido instrumento, somente é admissível após formalização da demanda a ser atendida, discriminados, sempre que possível, os objetos a serem adquiridos, especialmente em relação às despesas de pequeno vulto, em observância ao disposto no art. 45 do Decreto nº 93.872/1986, bem como nos itens 5 e 11.4.1 da Macrofunção SIAFI 02.11.21. 8. Até a eventual implantação do sistema informatizado a que alude o item 9.3.1 do acórdão aprovado no presente processo, o ato de concessão de suprimento de fundos deve ser amplamente divulgado em boletim interno e em meio eletrônico de acesso público, em atendimento ao princípio da publicidade. 9. Na prestação de contas da utilização de suprimento de fundos, o suprido deve, quando for o caso, apresentar justificativa inequívoca da situação excepcional que o levou a fazer uso do cartão de pagamento na modalidade "saques em espécie", em atendimento ao estabelecido no art. 45 do Decreto nº 93.872/1986, com a redação dada pelo Decreto nº 6.370/2008, bem assim no art. 4º, § 2º, da Portaria MPOG nº 41/2005, e na Macrofunção SIAFI 02.11.21, itens 6.1.2 e 8.4. 10. As faturas encaminhadas pela instituição operadora do Cartão de Pagamento do Governo Federal (CPGF) devem ser juntadas aos processos de prestação de contas correspondentes, para fins de confronto com os demais documentos que dão suporte às despesas efetuadas no período. 11. O atesto do recebimento de material ou da prestação de serviço deve ser efetuado por servidor distinto da pessoa do suprido, em obediência à Macrofunção SIAFI 02.11.21, item 11

A utilização de prestação de serviços, por unidade gestora diferentes, de mesma natureza mediante diversas compras em um único exercício, cujo valor total supere os limites dos incisos I ou II do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, não constitui fracionamento de despesa, situação vedada pelos referidos dispositivos legais.

DA LEGALIDADE DO CONTRATO

A contratação, objeto da ação proposta, foi realizada com fulcro no artigo 24, inciso XIII da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)

Transcrever inciso específico da motivação da contratação.

A justificativa desta contratação encontra-se perfeitamente formalizada junto ao processo administrativo, perfeitamente lícita a contratação em vergasto.

Assim, não se fere nem a legalidade, nem a moralidade que devem revestir toda e qualquer avença com o Poder Público, desconstituindo qualquer possibilidade de enquadramento à Lei de improbidade administrativa ou demais penalidades.

Afinal, ausente qualquer traço de conduta dolosa que maculasse o ato. Corroborando com este entendimento, Mauro Gomes de Mattos leciona sobre a tipicidade prevista no art. 10 da referida lei:

"Conduta dolosa ou culposa do agente, capaz de tipificar ato de improbidade narrado no art. 10, é aquela que não exige apenas uma vontade livre e consciente em realizar quaisquer condutas descritas, responsabilizando-se também aquele que viola a prudência, tornando-se imprudente e negligente com a coisa pública, lesando, via de consequência o erário público. Essa conduta deverá ser ilícita, contrapondo-se à legalidade, para a obtenção de um fim vedado pela norma legal. Ou, em outras palavras, a conduta dolosa do agente público que for lícita, mas ocasionar lesão ou perda patrimonial ao erário, não se sujeita à responsabilização por ato de improbidade administrativa. Deverá o ato do agente público estar contaminado pela ilicitude." (*in* O Limite da Improbidade Administrativa –

Comentários á Lei nº 8.429/92. 5ª ed., pg. 264)

Trata-se de contratação necessária em manifesta ausência de dano ao erário, conforme precedentes sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PROCESSO LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. IRREGULARIDADES SEM O QUALIFICATIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

1. Pagamentos de passagens aéreas utilizada pelo IPEM/MG, em face de convênio com o INMETRO, sem respaldo contratual, nos exercícios de 2005 a 2007. 2. A sentença, todavia, afiançou que não há provas da efetiva lesão aos cofres públicos em decorrência da imputação. 3. Mesmo na ausência de licitação, houve a efetiva aquisição das passagens aéreas, em relação aos quais não houve prova de superfaturamento. 4. **A configuração da conduta ímproba demanda o elemento subjetivo do agente para a configuração da conduta ímproba, admitindo-se a modalidade culposa somente nas hipóteses de atos que acarretem lesão ao erário.** A hipótese retrata **atipicidade administrativa que não assume o qualificativo de ato de improbidade.** 5. Não provimento da apelação. (TRF-1 - AC: 00348760820134013800 0034876-08.2013.4.01.3800, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO, Data de Julgamento: 21/06/2017, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 01/09/2017 e-DJF1, #13346856)

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO **AUSÊNCIA DE PROVA DE DANO AO ERÁRIO.** Não houve qualquer irregularidade por parte da Administração Pública em lançar edital para construção de moradias populares em que havia exigência de fornecimento de terreno. Tal fato, por si só, não configura direcionamento da licitação. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido (TJ-SP 00110087820018260053 SP 0011008-78.2001.8.26.0053, Relator: Marcelo Berthe, Data de Julgamento: 28/11/2017, 5ª Câmara de Direito Público, Data

Portanto, a simples existência de uma dispensa de licitação não constitui motivo suficiente para evidenciar alguma ilicitude, sendo descabida a aplicação da lei de improbidade administrativa e penalidades pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

DA DESPROPORCIONALIDADE

Ao tratarmos de processo sancionador no âmbito da Administração Pública, não podemos deixar de lado o que dispõe a Lei nº 9.784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Ou seja, qualquer penalidade a ser aplicada requer uma proporcionalidade adequada ao presente caso, com destaque:

- a) Nenhum dano ou risco ao interesse público ficou evidenciado;
- b) Não ficou evidenciado qualquer benefício ou lucro que exorbitasse à legítima expectativa de sua atuação;

Ademais, **não há qualquer evidência de má fé do autor, exigindo**

por parte da Administração Pública uma avaliação razoável conforme doutrina de Maria Silvia Zanella Di Pietro:

"Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto." (in Direito Administrativo, 12ª ed., p.675)

Desta forma, mesmo que se demonstrasse comprovada alguma irregularidade, é crucial que seja observada a inexistência de má fé para fins de adequação da penalidade a ser imposta em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse sentido, para Joel de Menezes Niebuhr, a sanção deve estar intimamente atrelada às circunstâncias do ato, em observância ao princípio da proporcionalidade:

"O princípio da proporcionalidade aplica-se sobre todo o Direito Administrativo e, com bastante ênfase, em relação às sanções administrativas. [...]. Ao fixar a penalidade, a Administração deve analisar os antecedentes, os prejuízos causados, a boa ou má-fé, os meios utilizados, etc. Se a pessoa sujeita à penalidade sempre se comportou adequadamente, nunca cometeu qualquer falta, a penalidade já não deve ser a mais grave. A penalidade mais grave, nesse caso, é sintoma de violação ao princípio da proporcionalidade." (Licitação Pública e Contrato Administrativo. Ed. Fórum: 2011, p. 992);

Em sintonia com este entendimento, Eduardo Arruda Alvim esboça a relevância da conjuntura entre razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, em especial nos que refletem em penalidades:

"Na fixação da pena (que se dará mediante processo administrativo, para o

qual a Constituição Federal assegura o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade do processo respectivo - art.5º, LV) de multa, assim, tomar-se ao por base três verdadeiros conceitos vagos (gravidade da infração, vantagem auferida, e condição econômica do fornecedor), que se inter-relacionam, e devem ser preenchidos diante do caso concreto, pela autoridade competente, que poderá ser federal, estadual, do Distrito Federal, ou municipal, conforme a infração específica e seu âmbito (parágrafo primeiro do art. 55 deste Código)." (in Código do Consumidor Comentado, 2ª ed., Biblioteca de Direito do Consumidor, Editora RT, p. 274:)

Portanto, demonstrada a boa-fé da ex-gestora, a ausência de dano, a atuação imediata para solucionar a irregularidade, bem como, o seu histórico favorável, não há que se cogitar uma penalidade tão gravosa, devendo existir a ponderação dos princípios aplicáveis ao processo administrativo, conforme precedentes sobre o tema:

MULTA GRADUADA EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. REDUÇÃO. CABIMENTO. **"No caso sub judice, a multa não respeita os princípios da razoabilidade e proporcionalidade assegurados constitucionalmente, na medida em que não considera a gravidade da infração, tampouco a vantagem auferida pelo fornecedor faltoso.** Na verdade, a multa se ajusta tão-somente à condição econômica do fornecedor. Portanto, merece redução para o patamar de R\$ 7.000,00, em atenção às peculiaridades do caso concreto." (trecho da ementa do Acórdão da Apelação Cível Nº 70074061672). RECURSO ACLARATÓRIO CONHECIDO E ACOLHIDO COM EFEITO INFRINGENTE. APELO... PROVIDO EM PARTE. (Embargos de Declaração Nº 70075058479, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 23/11/2017).:

Se ocorrer ainda sim, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, entender que o fracionamento que é quando se divide a despesa para utilizar modalidade de licitação inferior a recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar

contratação direta, ainda que as unidades gestoras sejam diferentes, pode-se questionar se há necessidade de essa fuga de licitação ser intencional, ou seja, se exige-se o dolo do gestor público em querer realizar a contratação por meio de licitação inferior a exigida pela legislação, o que não foi observado na conduta da ex - Secretária de Educação e Cultura, tendo em vista que a sua unidade gestora é única, logo, a mesma obedecendo os trâmites legais e processuais estava amparada juridicamente para realizar tal despesa.

A observância da boa-fé nos processos é fundamental como elemento de defesa do devedor. No âmbito do Tribunal de Contas da União, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé (dolo), mas apenas da ausência de boa-fé objetiva.

O processo administrativo que ensejou a contratação dos serviços de digitalização, cumpriu rigorosamente com os preceitos de leis, contendo as três propostas, como garantia de maior vantajosidade para a administração pública, as certidões validando a capacidade da empresa, a solicitação em conjunto com a justificativa, salientando a importância daquela prestação e o principal: a efetiva prestação do serviço, sendo de interesse não só da administração da época o armazenamento dos arquivos, como para própria segurança jurídica do município de Lagoa da Confusão/TO.

A referida contratação veio inclusive de anseio ao princípio da economicidade, celeridade, boas práticas ambientais e patrimoniais da administração da pública.

DA AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO

Imperioso reiterar, que trata-se de uma simples irregularidade formal, que aliás, é passível de nulidade somente quando lesiva ao erário público, na forma em que dispõe a Lei nº 4.717/65 que regula a Ação Popular:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
(...)
b) vício de forma;

As atividades relacionadas no processo não conferem qualquer traço **sobre algum prejuízo ao erário público!** Pelo contrário, traz a existência de os serviços não teriam sido prestados.

A única evidência concreta que temos no processo é que **o serviço foi integralmente cumprido!**

O princípio da legalidade constitui apenas um dos elementos estruturais do Estado de Direito, o qual postula igualmente a observância dos princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da presunção de legitimidade dos atos públicos.

Daí a importância de se considerar todos os elementos formadores do ato administrativo, a fim de que a ex gestora, não seja punido severamente pelo simples fato de ocupar determinado cargo e agir em busca de solucionar os mais variados anseios da coletividade.

Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos, ao tratar sobre o tema elucida sobre os limites de sua aplicação:

"O *caput* do art. 10 da Lei nº 8.429/92 afirma que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário

qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo inaugural da Lei nº 8.429/92. **Assim, para que haja a subsunção na hipótese em tela, a conduta do agente público, ainda que seja omissa, dolosa ou culposa, deverá acarretar prejuízo para o erário, causando-lhe lesão.** (in O Limite da Improbidade Administrativa - Comentários á Lei nº 8.429/92. 5ª ed., pg. 264)

Ou seja, ainda que eventualmente subsista alguma irregularidade formal, esta não invalida o procedimento, nem tampouco torna o autor desonesto ou desleal, **pois ausente qualquer benefício indevido ou demonstração de dano ao erário público.**

DOS PEDIDOS

Estas, Senhor Conselheiro, são as considerações que julgamos suficientes e necessárias para a análise do processo e, desse modo, esperamos que sejam aceitas, por termos a convicção que a contratação obedeceu aos ditames estabelecidos na legislação de regência, não havendo qualquer falha ou violação que comprometesse a lisura do procedimento e que lhe atribua responsabilidade.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Lagoa da Confusão, 22 de março de 2021.

Andressa Coelho Barbosa Cabral

OAB/TO 7.309