EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS (TCE/TO).

Processo nº 12619/2019.
Assunto: AUDITORIA DE REGULARIDADE REFERENTE AO PERIODO DE JANEIRO A AGOSTO DE 2019.
Origem: PREFEITURA MUNICIPAL DE BURITI DO TOCANTINS.
Responsáveis: Americo dos Reis Borges e Kleberson Correa de Sousa.

AMERICO DOS REIS BORGES e KLEBERSON CORREA DE SOUSA**,** devidamente qualificados nos autos do processo em epígrafe, vem, tempestivamente, interpor **RECURSO ORDINARIO** com fulcro nos artigos 46 da Lei Estadual n° 1.284/2001 c/c art. 228 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, a propósito do Acórdão TCE/TO n° 449/2021 – SEGUNDA CÂMARA, pelas razões de fato e de direito que passa a expor:

DA TEMPESTIVIDADE

A medida proposta - RECURSO ORDINÁRIO - é própria, porquanto a matéria em apreciação junto a esta Corte de Contas é da competência do Tribunal Pleno como reza o art. 46 § 2 da Lei Estadual n° 1.284/2001, sendo tempestiva, posto que dentro do prazo estabelecido no art. 47, do supracitado diploma legal, que é de 15 dias contados a partir da publicação da decisão no Boletim oficial desta Corte de Contas.

O Acórdão nº 449/2021 dessa Egrégia Corte foi publicada no Boletim Oficial conforme certidão 2284/2021 conforme evento 30, em 29/06/2021, terça-feira.

A partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, tornou-se obrigatória aplicação de suas disposições, de forma supletiva e subsidiaria em processos

administrativos, como dispõe o art. 15: ***Na ausência de normas que regulem processos*** *eleitorais, trabalhistas ou* ***administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente***. (grifo nosso)

Assim, o prazo final encerra dia **20/07/2021**, portanto, é tempestivo o presente Recurso.

SÍNTESE DOS AUTOS

Versam os presentes autos sobre Auditoria de Regularidade realizada na Prefeitura Municipal de Buriti do Tocantins, abrangendo os atos de gestão praticados no período de janeiro a agosto de 2019, de responsabilidade do senhor Américo dos Reis Borges, Prefeito à época, conforme determina o artigo 33, inc. IV, da Constituição Estadual, art. 1º, inc. VI, da Lei nº 1.284/2001 e artigo 125 do Regimento Interno.

Tramita em apenso, por se tratar de matéria conexa, o processo de Controle Concomitante (Proc. nº 8634/2019) realizado pela Coordenadoria de Análise de Atos, Contratos e Fiscalização de Obras e Serviços de Engenharia – CAENG, acerca do Pregão Presencial nº 15/2019, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de locação de veículos automotores e maquinários diversos para atender as necessidades do Município em questão. Ressalta-se que a auditoria em questão verificou *in loco* todo o procedimento licitatório referente ao Pregão Presencial nº 015/2019, bem como a execução do contrato dele decorrente, razão pela qual se impôs o apensamento.

Em cumprimento ao Plano Anual de Auditorias e Fiscalizações para o exercício de 2019, aprovado pela Resolução nº 161/2019 - TCE/TO-Pleno, foram designados auditores, nos termos da Portaria nº 781/2019 (evento 1), para procederem a auditoria de regularidade na Prefeitura Municipal de Buriti do Tocantins, abrangendo os atos de gestão praticados no período de 01/01 a 31/08/2019.

Realizados os trabalhos, a equipe designada apresentou o Relatório de Auditoria nº 17/2019 (evento 2), no qual apontou os seguintes achados: supostas ilegalidades no procedimento licitatório referente à locação de veículos: Homologar procedimento licitatório com ilegalidades (Item 2.1.3 do relatório); supostas

irregularidades na concessão de gratificação a servidores: Conceder gratificação somente para alguns servidores sem o ato com a devida justificativa, estabelecendo critérios objetivos e o percentual (Item 2.2.2 do relatório) e não atendimento ao disposto da Resolução TCE/TO 295/2017 – Pleno: Não observar a jurisprudência do TCE/TO - (Item 2.2.10 do relatório).

Tendo em vista as supostas irregularidades detectadas, as quais são passíveis de penalização por esta Corte, foi determinado, por meio do Despacho nº 264/2020 (evento 3), a citação dos senhores Américo dos Reis Borges (Prefeito à época), para apresentar defesa acerca dos apontamentos descritos nos itens 2.1.3, 2.2.2 e 2.2.10 do Relatório de Auditoria nº 17/2019, e Kleberson Corrêa de Sousa (Pregoeiro à época), para apresentar defesa acerca do apontamento descrito no Item 2.1.3 do Relatório de Auditoria nº 17/2019.

Regularmente citados (eventos 4 a 8) os responsáveis, após concedida prorrogação de prazo (eventos 9 a 17), compareceram aos autos dentro do prazo estabelecido apresentando suas alegações de defesa, em conjunto, as quais foram acostadas aos autos no evento 18, sendo declarada sua tempestividade conforme consta da Certidão nº 709/2020 (evento 19).

Diante da defesa apresentada foram os autos encaminhados à equipe técnica, tendo sido apreciada pelo Auditor Controle Externo Terezino Pereira da Silva, da Segunda Diretoria de Controle Externo, nos termos da Análise de Defesa nº 35/2020 (evento 20), na qual consignou seu entendimento pelo saneamento parcial das irregularidades apontadas.

O Conselheiro Substituto Marcio Aluizio Moreira Gomes, representante do Corpo Especial de Auditores exarou o Parecer nº 2502/2020 (evento 21), pugnou pelo acolhimento do relatório e conversão dos autos em Tomada de Contas Especial, senão vejamos:

> Por todo o exposto, e tendo por fundamento os documentos e informações constantes dos autos, bem como as apurações da equipe técnica deste Tribunal, este Conselheiro Substituto manifesta o seu entendimento no sentido de que poderá o Egrégio Tribunal de Contas:

> **1 - Acolher o Relatório de Auditoria de Regularidade nº 17/2019 – evento 2**, fazendo aos responsáveis as recomendações ali sugeridas;
> **2 – Determinar a conversão d**os autos em **TOMADA DE CONTAS ESPECIAL**, com fundamento nos arts. 74, III, 115 da Lei 1.284/02, visando apurar, quantificar os eventuais danos e individualizar as responsabilidades de todos aqueles que por ventura tenham contribuído de forma direta ou indireta nas infrações legais, na execução das irregularidades expressas no **RELATÓRIO DE AUDITORIA Nº 17/2019 E ANÁLISE DEFESA Nº 35/2020**.
>
> Encaminhe-se ao MPjTCE, para os fins de mister, após a respectiva Relatoria.

O Procurador de Contas Oziel Pereira dos Santos, representante do Ministério Público de Contas, por meio Parecer nº 2562/2020 (evento 22), opinou conclusivamente nos seguintes termos:

> Ante o exposto, o Ministério Público de Contas, por seu representante signatário, desempenhando seu papel essencial de *custus legis*, opina no sentido que esse Egrégio Tribunal deverá:
> a. Acolher o Relatório de Auditoria de Regularidade nº 17/2019;
> b. Declarar a **ilegalidade** do Pregão Presencial nº **15/2019**, realizado pela Prefeitura Municipal de Buriti do Tocantins – TO, que tem como objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de locação de veículos automotores e maquinários diversos para atender as necessidades da prefeitura e fundos municipais, no valor total de **R$ 885.380,00** (oitocentos e oitenta e cinco mil, trezentos e oitenta reais) em razão das graves irregularidades detectadas pela 2ª DICE e não sanadas pelos responsáveis;
> c. Aplicar multa individual ao Sr. **Américo dos Reis Borges** - Prefeito à época, e ao Sr. **Kleberson Corrêa de Sousa** - Pregoeiro à época, em razão das irregularidades

detectadas e não sanadas, nos termos do art. 39, II da Lei Estadual nº 1.284/2001 c/c art. 159, II do Regimento Interno desta Casa;

d. Converter os autos em tomada de contas especial, nos termos do art. 63, II do Regimento Interno desta Corte de Contas, vez que os efeitos da COVID-19 não permitem à realização de inspeção *in loco*, para melhor instruir o feito;

Por meio do Despacho nº 431/2021 (evento 23), foi deferido o apensamento do Processo nº 8634/2019 aos presentes autos, tendo em vista a conexão da matéria, para subsidiar o julgamento dos presentes autos.

Assim sendo, em sessão de julgamento da 2ª Câmara, os conselheiros desta corte de contas decidiram em acolher o relatório de auditoria, divergindo parcialmente, das propostas de encaminhamento sugeridas pela equipe, ante as razões expendidas no voto e no dispositivo, e ao final foi aplicado ao senhor Américo dos Reis Borges multa no valor total de R$ 2.000,00 (dois mil reais) e multa ao Sr. Kleberson Correia de Sousa no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

É o Relatório.

Inconformado, os Recorrentes interpõem o competente Recurso Ordinário, visando reformar o Acórdão ora combatido, por entender que não foi dada ao caso a melhor solução, tendo como base as razões de fato e de direito abaixo transcritas.

DAS RAZÕES DO RECURSO

Com objetivo de apresentar documentos e justificativas que possam esclarecer os apontamentos, obtendo uma melhor compreensão da matéria devolvida via o presente recurso será impugnado no item específico, nos moldes que foi registrado no Acórdão ora fustigado, em obediência ao Princípio Dialética Recursal.

Ressalta-se, que os únicos apontamentos restantes após as alegações de defesa, se tratam de supostas irregularidades em processos licitatórios que **em tese**

não obedeceram a legislação competente. Assim sendo, para melhor entendimento das alegações passar-se-á expô-las na sequencia dos itens contidos no Acordão combatido conforme segue:

i) Ilegalidades no procedimento licitatório referente à locação de veículos: Homologar procedimento licitatório com ilegalidades. – (Item 2.1.3 do relatório);

Foi apontado supostas irregularidades pelos técnicos de auditoria, constando que no processo em analise carece de estimativa de preço (orçamento), responsabilizando o gestor e o pregoeiro responsável.

Justificamos a não apresentação das peças de cotação, por entender, naquele momento, início do ano de 2019, que as cotações poderiam ficar fora dos autos do processo licitatório, vez que a não divulgação do valor, permitiria ao Pregoeiro uma negociação natural com possibilidades de se obter uma proposta mais vantajosa para a administração pública, haja vista que, no entendimento da comissão e envolvidos nas compras, a revelação do preço máximo faria com que as propostas das licitantes fossem apresentadas em torno daquele valor, o que poderia frustrar a obtenção das melhores condições de contratação. Essa prática vem ao encontro dos ensinamentos do Ministro Benjamin Zymler, que se manifestou da seguinte forma:

> *[...] Na licitação na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui um dos elementos obrigatórios do edital, devendo estar inserido obrigatoriamente no bojo do processo relativo ao certame. Ficará a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir esse orçamento no edital ou de informar, no ato convocatório, a sua disponibilidade aos interessados e os meios para obtê-lo (TCU. Processo nº 010.909/2001-7. Acórdão nº 114/200 – Plenário. Relator: ministro).*

Através do Acórdão nº 1502/2018 – Plenário, o TCU deu ciência a uma sociedade de economia mista sobre a obrigatoriedade de apresentação do orçamento estimado, mas no julgado do "Processo nº 010.909/2001-7. Acórdão nº 114/200 – Plenário. Relator: ministro", o TCU foi em outro sentido, reconhecendo que:

> *"não é obrigatória a divulgação dos preços unitários no edital do pregão, mesmo quando eles*

forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas".

Portanto, vimos que o tema do sigilo da proposta gera dúvidas até mesmo aos operadores do Direito, cabendo ao próprio TCU pacificar o tema em discussão, para que tenhamos um parâmetro de trabalho, tanto aos agentes públicos, como aos órgãos fiscalizadores.

As cotações foram feitas, apenas não estavam anexadas no procedimento licitatórios, observando os valores cotados e os valores contratados por este município, encontram – se com os valores praticados no mercado conforme documentação em anexo (DOC. 1).

Consta ainda suposta restrição no item 2 do edital do processo em analise, restrição em referência a participação da pessoa física no certame como uma tentativa de frustrar a competitividade do processo.

Neste item excelência, esclarecemos que de fato existiu um pequeno erro material, onde deveria constar explicitamente as informações respeito da participação de pessoa física no certame, porém, embora o edital tenha sido omisso em relação a participação de pessoa física, na pratica não existiu qualquer restrição a participação de qualquer interessado, onde claramente todos os princípios foram obedecidos e inclusive participou várias pessoas físicas.

É importante destacar que vários ganhadores do processo em analise foi de fato pessoas físicas, uma calara demonstração de que embora teve uma pequena falha no edita do processo, isso não foi suficiente para frustrar a integridade do certame e ainda não existiu qualquer prejuízo nem danos ao erário.

Para comprovação das alegações da defesa, junta-se em anexo a ata de realização do certame e os documentos acostados para melhor entendimento (DOC. 2).

Consta ainda no relatório de auditoria que houve ausência de tratamento diferenciado destinado às micro empresas e empresas de pequeno porte, devido ao valor do objeto do certame, e ainda exigência de documentação indevida no edital.

Pois bem, em relação ao tratamento diferenciado destinados as empresas de pequeno porte e micro empresas, esclarecemos que o objeto do certame teve vários lotes, e sendo esses com uma variação de valores, contendo ainda valores superiores a R$ 80.000,00 (Oitenta mil reais), consta esclarecer ainda, que o município teve recomendações do ministério público, no sentido de permitir a participação de concorrentes pessoa física.

No tocante às exigências de documentações no edital do certame, foram solicitados documentos relevantes em consonância com a legislação, os técnicos de auditoria citaram o item 2.2,18 "Certidão de Distribuição de Ações e Execuções Cíveis", que se respaldam no inciso II do artigo 31 da Lei Federal 8.666/93 que assim dispõe:

> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
> [...]
> II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de **execução** patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

O que não consta no rol de documentação exigida no dispositivo legal, é referente a lisura do procedimento, de modo a participar todos os interessados qualificados, e consta ressaltar que tais documento não possui de forma alguma o condão de direcionar, tampouco de restringir qualquer participação de interessados do objeto do certame, a documentação a ser exigida teria apenas intenção de trazer uma maior transparência na qualificação das empresas concorrentes no processo.

No tocante a visita técnica solicitada no edital, a intenção seria possibilitar que todos os interessados, de forma homogênea, participassem de uma visita técnica para conhecer as rotas e de forma clara demostrar o tipo de veículo seria mais adequado para a realização do trabalho, em especial do transporte escolar.

É importante destacar que todas essas exigências tratam-se de excesso de cuidado, com a única intenção de proporcionar uma contratação mais vantajosa para a administração pública de forma a atender da melhor forma os interesses da população,

e proporcionar aos licitantes uma noção do tipo de trabalho seria desejado pelos futuros vencedores do procedimento licitatório.

DA BOA-FE, AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PUBLICO E NAO OCORRÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em que pese o senso comum de "moralidade ligado ao que é reto, probo, de comportamento inquestionável, e moralidade de que trata o art. 37 da Constituição Federal como um dos princípios que regem a administração pública é peculiar e restrito a matéria, sendo distinta das normas morais comuns, uma vez que a moralidade aí especificada está diferentemente ligada à boa administração pública". Fato é que por não termos na doutrina nacional uma definição precisa do que seja um ato de improbidade ou de que seja a moralidade administrativa, as condutas descritas na lei n°. 8429/92 são conhecidas como violadoras do dever de probidade administrativas

Entretanto, já se encontra pacificado e consolidado no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade administrativa, bem como, que para as figuras descritas nos artigos 9º e 11º somente existe na moralidade dolorosa, sendo a culpa insuficiente para a culpabilidade.

> **ADMINISTRAÇÃO EPROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCIPIO DA TIPICIDADE.**
>
> 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
>
> **2. Nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especificamente qualificada pelo legislador, (grifos nossos).**

> **3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos art. 9o, 10 e 11 da Lei 8.429/92. sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e por condutas meramente culposas, conclui-se que o silencio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos a) previstos nos arts. 9o. E 11. (grifos nossos)**
>
> Recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Especial n. 751 634, 1a Turma do STJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, data do Julgamento 26/06/2007 e da publicação do DJ de 02/08/2007.p 353.)

No caso vertido, o fato descrito na decisão objeto do presente recurso não caracteriza ato de improbidade administrativa por notória ausência de má-fé, inexistência de dano, de proveito patrimonial ou de enriquecimento ilícito dos acusados ou de favorecimento a terceiros, sendo certo que nenhum dos princípios constitucionais ou administrativos foram violados, nem qualquer norma legal E AINDA DESPROPORCIONAL A APLICAÇÃO DA MULTA ORA GUERREADA, motivo pelo qual requer seja desconsiderada as referida multa.

PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Assim, dado como esclarecidas e justificadas as ocorrências apontadas no Relatório e voto ora combatido, requer a Vossa Excelência:

a) O recebimento do presente RECURSO ORDINÁRIO, com fulcro no art. 228 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, c/c art. 46 da Lei Estadual n° 1.284/2001, porque próprio e tempestivo;

b) Seja reformado Acórdão n°. 449/2021, a fim de que seja considerada formalmente legal a AUDITORIA DE REGULARIDADE REFERENTE AO PERIODO

DE JANEIRO A AGOSTO DE 2019 DA PREFEITURA MUNICIPAL DE BURITI DO TOCANTINS/TO;

c) Nos termos dos argumentos tecidos acima, pede-se o afastamento das multas aplicadas aos Recorrentes, conforme item do Acórdão 449/2021.

Nestes termos,

pede e aguarda deferimento.

Buriti do Tocantins/TO, aos 19 de julho de 2021.

AMERICO DOS REIS BORGES:23243147115

Assinado de forma digital por AMERICO DOS REIS BORGES:23243147115
Dados: 2021.07.19 19:39:59 -03'00'

AMERICO DOS REIS BORGES
Gestor

KLEBERSON CORREA DE SOUSA:94929629187

Assinado de forma digital por KLEBERSON CORREA DE SOUSA:94929629187
Dados: 2021.07.19 19:43:03 -03'00'

KLEBERSON CORREA DE SOUSA
Pregoeiro e Presidente da C.P.L