

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

PROCESSO: 02090/22/TCE-RO.
CATEGORIA: Recurso.
SUBCATEGORIA: Pedido de Reexame.
ASSUNTO: Pedido de Reexame em face do Acórdão APL-TC 00326/21/TCE-RO, proferido nos autos do Processo nº 01603/14/TCE-RO.
UNIDADE: Município de Porto Velho.
INTERESSADO: Fabrício Jean Barros de Oliveira Neres (CPF: ***.270.302-**), Pregoeiro responsável pelo Pregão Presencial nº 040/20210/SEMAD.
ADVOGADOS: Sem advogado.
RELATOR ORIGINÁRIO: Conselheiro Edilson de Sousa Silva.
SUSPEIÇÃO: Conselheiro José Euler Potyguara Pereira de Mello¹.
Conselheiro Francisco Carvalho da Silva².
Conselheiro Wilber Carlos dos Santos Coimbra³.
Conselheiro Jailson Viana de Almeida⁴.
RELATOR DO RECURSO: Conselheiro Valdivino Crispim de Souza.
SESSÃO: 6ª Sessão Virtual do Pleno, de 29 de abril a 03 de maio de 2024.
GRUPO: I.
BENEFÍCIOS: Não se aplica.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REEXAME. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. NÃO PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A MODIFICAR O ARESTO RECORRIDO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO COMBATIDO. ARQUIVAMENTO.

1. O Pedido de Reexame deve ser conhecido, quando interposto dentro do prazo legal, bem como quando preenchidos os requisitos de admissibilidade exigíveis à matéria, na forma do art. 45, da Lei Complementar nº 154/96, c/c o art. 78, do Regimento Interno do Tribunal de Contas.

2. Nega-se provimento ao Pedido de Reexame, quando não apresentar dados e informações suficientes para desconstituir o Aresto combatido, devendo permanecer inalterado os termos do Acórdão recorrido, por ausência de elementos ensejadores em modificar seus efeitos.

Trata-se de Pedido de Reexame⁵ interposto pelo Senhor Fabrício Jean Barros de Oliveira Neres (CP: ***.270.302-**), em face do Acórdão APL-TC 00326/21 – Pleno, relativo ao Processo nº 01603/14/TCE-RO, que declarou ilegal os atos praticados no Pregão Presencial nº 040/2010/SEMAD, por fraude ao caráter competitivo da licitação e por consequência condenou o recorrente à pena de multa e inabilitação para o exercício em cargo em comissão ou função gratificada por 8 (oito) anos, consoante dispositivo transcrito na parte que interessa. Extrato:

ACÓRDÃO APL-TC 00326/21

¹ Certidão de SUSPEIÇÃO ID 1338793.

² Certidão de SUSPEIÇÃO ID 1256518.

³ Certidão de SUSPEIÇÃO ID 1151087.

⁴ Certidão de SUSPEIÇÃO ID 1337273.

⁵ Documento ID 1178016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

[...]

VI – Declarar a ilegalidade dos atos praticados no Pregão Presencial n. 040/2010- SEMAD, dada a fraude ao caráter competitivo da licitação, decorrente da violação do sigilo das propostas e simulação de disputa, o que ensejou o descumprimento do art. 3º, § 1º, I e § 3º da Lei 8666/1993, bem como do art. 37 da Constituição da República;

VII – Condenar em pena de multa aos seguintes agentes, públicos e particulares, com fundamento no art. 55, II e III, da Lei Complementar Estadual n. 154/96, combinado com o art. 103, III, do Regimento Interno deste Tribunal:

[...]

e) Fabrício Jean Barros de Oliveira Neres, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais);

[...]

VIII – Reconhecer, com fundamento no art. 57 da Lei Complementar Estadual n. 154/96, a extrema gravidade das condutas descritas nestes autos dos agentes indicados no item subsequente, o que enseja a aplicação da pena de inabilitação para cargo em comissão e função gratificada;

IX – Por consequência do inciso anterior, decretar, com fundamento no art. 57 da Lei Complementar Estadual n. 154/96, a pena de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada no âmbito da Administração Pública aos seguintes agentes, pelos seguintes prazos:

[...]

e) Fabrício Jean Barros de Oliveira Neres (achado n. 1): 5 anos;

[...]

A decisão transcrita foi disponibilizada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia – D.O.e-TCE/RO nº 2519, de 21.01.2022, considerando-se como data de publicação 25.01.2022, primeiro dia útil posterior à disponibilização, nesse *interim*, o responsabilizado opôs Embargos de Declaração que fora rejeitado, sendo gerado o Acórdão APL-TC 00176/22, com publicação no D.O.e-TCE/RO nº 2654 em 15.08.2022, considerando como data de publicação o dia 16.08.2022, primeiro dia útil posterior a disponibilização.

Assim, o recurso impetrado em 30 de agosto de 2022 (ID 1255036) ocorreu no prazo de 15 (quinze) dias, conforme estabelecido pelo item IV do artigo 29 da Lei Complementar nº 154/96, portanto incontestada sua tempestividade, a teor da Certidão de Publicação lavrada de ID 1259896.

O recurso em questão foi conhecido, tal como disposto na DM 0124/2022-GCBAA⁶ (1265641), com o seguinte teor:

DM 0124/2022-GCBAA

[...]

Assim, com fulcro nos artigos 45 da Lei Complementar Estadual n. 154/96 e 78 do RITCE, considerando que o recorrente é parte legítima, e o presente recurso é tempestivo, em juízo perfunctório, conheço-o, o que deverá ser ratificado pelo órgão

⁶ Erro material – a sigla mencionada refere-se ao Gabinete do Conselheiro Benedito Antônio (GCBAA) no entanto, quem relatou a DM em referência foi o Conselheiro Substituto Erivan Oliveira da Silva. Logo, ocorreu na espécie erro material, episódio que não causa prejuízo ao processo.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

colegiado, e com fundamento no artigo 230, III do Regimento Interno, encaminho os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer, na forma regimental.

Diante do exposto, DECIDO:

[...]

I – DETERMINAR ao Departamento do Pleno que:

a) Publique esta Decisão;

b) Encaminhe os autos ao Ministério Público de Contas para emissão de Parecer, nos termos do artigo 230, inciso III, do Regimento Interno.

Releva anotar, que o presente recurso foi previamente atribuído ao Conselheiro Francisco Carvalho da Silva (ID 1150122). Entrementes, por meio de Despacho - o r. Conselheiro, declarou suspeição por motivos pessoais. Deste modo, o processo foi redistribuído ao Conselheiro Omar Pires Dias (ID 1256556), que ao tempo, por imposição regimental, estava substituindo o Conselheiro Benedito Antônio Alves, em face de sua aposentadoria. Entretanto, a Decisão Monocrática de Admissibilidade foi proferida pelo Conselheiro Erivan Oliveira da Silva (1265649) que, na oportunidade, substituiu o Conselheiro Omar Pires Alves, na forma regimental.

Após a nomeação do Conselheiro Jailson Viana de Almeida para compor o quadro de membros vitalícios da Corte, este tornou-se o relator prevento para atuar no processo em questão. No entanto, através do Despacho nº 0006/2023/GCJVA (ID 1337085), declarou-se suspeito para presidir o feito. Como resultado, o processo foi redistribuído ao este Conselheiro conforme certidão de ID 1338669.

Seguindo o rito, notadamente à alínea “b” do *decisum*, o expediente foi submetido ao crivo do Ministério Público de Contas (MPC) para emissão do competente parecer. Ao examinar a súplica do recorrente, o d. Procurador-Geral Adilson Moreira de Medeiros, opinou pelo conhecimento e, no mérito, por negar provimento ao apelo, conforme Parecer exarado (ID 1312777), extrato:

PARECER Nº 02090/2022-GPGMPC

[...]

Ante todo o exposto, manifesta-se o Ministério Público de Contas, preliminarmente, pelo CONHECIMENTO do recurso, porque preenchidos os requisitos exigidos para a espécie, pela REJEIÇÃO de todas as questões prévias (preliminares de nulidade e prejudicial de mérito) suscitadas e, no mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, dada a insubsistências dos argumentos recursais, mantendo-se a integralidade dos termos do Acórdão APL-TC 00326/21 (ID 1136790).

É o parecer.

Nesses termos, os autos vieram conclusos para decisão.

VOTO

Preliminarmente, ratificam-se os fundamentos da DM 00124/22-2022-GCBAA para conhecer do presente Pedido de Reexame, por ser a via adequada ao enfrentamento da matéria. Ademais, a parte encontra-se devidamente nominada, tem legitimidade e interesse recursal. Desse modo, houve o

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

preenchimento dos pressupostos legais descritos no art. 45 da Lei Complementar n. 154/96⁷ c/c os artigos 78, do Regimento Interno⁸.

Cabe anotar que o Acórdão APL-TC 00326/21-PLENO (ID 1136790), ora contestado, foi proferido no Processo nº 01603/14/TCE-RO, em sede de Fiscalização de Atos e Contratos, que declarou ilegal os atos praticados na condução do Pregão Eletrônico nº 040/2010/SEMAD e aplicou multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), bem como inabilitou o recorrente para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada no âmbito da Administração Pública pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Para contextualização processual, a fiscalização em voga teve a cooperação do Ministério Público do Estado de Rondônia, da Polícia Federal e do Tribunal de Contas, culminando com a operação denominada “VÓRTICE”, fundada na prática de supostas infrações penais, civis e administrativas praticada por possível organização criminosa instalada no âmbito do Município de Porto Velho, motivo que ensejou a intervenção desta Corte de Contas a fim de apurar as ocorrências de sua alçada, especificamente na indicação dos responsáveis pelos possíveis ilícitos e do suposto dano causado ao erário.

Após o breve e necessário esclarecimento, passo ao exame do Pedido de Reexame interposto pelo Senhor Fabrício Jean Barros de Oliveira, em confronto com o parecer exarado pelo Ministério Público de Contas e demais peças processuais constantes dos autos originário, no sentido de manter ou reformar o Acórdão APL-TC 00326/21-PLENO, mediante o exame acurado das informações e documentos carreados oportunamente pelo recorrente.

Para melhor entendimento e praticidade de análise, o recurso, será examinado de acordo com a peça de insurgência manejada (ID 1256567), conforme os argumentos a seguir delineado.

I – AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO DA CONDUTA IMPUTADO AO RECORRENTE

O recorrente, alegou que foi condenado pelo Tribunal de Contas por infringir o disposto no artigo 3º, §1º, I, e §3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, fraudando supostamente o caráter competitivo da licitação, consistente na violação do sigilo das propostas e simulação de disputa, enquanto pregoeiro responsável pelo certame, bem como contribuiu para o uso de documento falso pela empresa PORTO JÚNIOR CONTRUÇÕES LTDA.

Em seu arrazoado, o recorrente argumentou que a suposta fraude e os demais apontamentos não restaram evidenciados nos autos, conforme informações guiadas pelo Relator originário. Segue transcrição:

[...]

607. Isso porque a responsabilidade de Fabricio Jean exsurge não apenas do fato de não ter observado a falsidade do documento (o que não lhe seria exigido em abstrato), mas por estar demonstrado que conhecia a real situação da empresa Porto Júnior, isto é, que esta era administrada por Edwilson Negreiros e David de Alecrim, apesar destes não figurarem no contrato social.

⁷ “Art. 45. De decisão proferida em processos concernentes às matérias de que tratam as Seções III e IV deste Capítulo, caberá pedido de reexame, que terá efeito suspensivo. Parágrafo único. O pedido de reexame reger-se-á pelo disposto no parágrafo único do artigo 31, e nos artigos. 32 e 34-A, desta Lei Complementar”. RONDÔNIA. **Lei Complementar nº 154/1996. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.**

⁸ “Art. 90. De decisão proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de ato e contrato cabem pedido de reexame e embargos de declaração. Art. 91. Não se conhecerá dos recursos previstos no art. 89 deste Regimento e de pedido de reexame interpostos fora do prazo. Art. 92. O Ministério Público manifestar-se-á sobre recurso de reconsideração, revisão ou pedido de reexame interposto por responsável ou interessado”. [...]. RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). **Regimento Interno** (aprovado pela Resolução Administrativa n. 005/TCER-96).

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

[...]

616. A única coisa que não fica devidamente evidenciada é a natureza do elemento subjetivo da conduta, isto é, se Fabricio Jean agiu por dolo (tendo a nítida intenção de fraudar a licitação) ou por mera culpa, na modalidade negligência, por não se atentar ao fato de que os representantes da empresa não figuravam no contrato social.

617. A despeito disso, seja por culpa, seja por dolo, cabe a sua responsabilização, apenas cabendo a discussão da natureza do elemento subjetivo no momento da dosimetria da penalidade.

Continuando, o recorrente ressaltou que o próprio Corpo Técnico não foi capaz de afirmar que teria ele agido com dolo, pelo contrário salientou que não ficou evidenciado a natureza do elemento subjetivo da conduta. Para subsidiar a tese aventada, trouxe o seguinte destaque:

O princípio da responsabilidade pessoal subjetiva, que também pode ser denominado de primeira aceção do princípio da culpabilidade, significa a impossibilidade de recepção, pelo direito criminal e pelo direito administrativo sancionador, da responsabilidade objetiva, isto é, a aplicação de uma pena ao sujeito ativo de uma conduta apenas em virtude do resultado lesivo a um bem jurídico, pela mera existência de uma relação causal entre o comportamento e o dano.

Com efeito, ao dispor o legislador constituinte que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (C.F., art. 5º, inciso LVII), deixou claro que a imputação de um fato penalmente relevante a um sujeito não pode prescindir da culpa em sentido lato, do nexa subjetivo entre o agente e o resultado lesivo, pois a responsabilidade objetiva é inconciliável com a declaração de culpa, exigida pela Constituição.

Na esteira do entendimento dessa Corte de Contas de que a conduta do recorrente subsumi-se ao tipo penal previsto no art. 299 do Código Penal, ou, em último caso, ao delito previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/93, a jurisprudência é pacífica a exigir a presença de dolo específico no comportamento, capaz de, respectivamente, lesar o particular ou o Estado, prejudicando direito ou criando obrigação (Art. 299 do CP), ou, por outro lado, consistente no intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame.

[...]

O dolo é o elemento subjetivo que informa a conduta do agente, não havendo previsão de modalidade culposa. O dolo é o específico (vontade de praticar o fato e produzir um fim especial), objetiva no que dispõe o artigo ‘com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante’. (SILVA JÚNIOR, José e DEZEM, Guilherme Madeira. Código Penal e sua Interpretação. 8ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 2007, p. 1.402).

Vê-se que não há nenhum nexa de causalidade entre qualquer conduta do recorrente e a suposta falsificação do documento societário da empresa Porto Júnior, sendo imprescindível a efetiva demonstração de que atitude do pregoeiro contribuiu, dolosa e diretamente, para a suposta fraude.

Não se discute a conclusão da equipe técnica a respeito da legalidade do documento societário, mas apenas se indaga: Qual o ato do pregoeiro que contribuiu para fosse falsificado o documento societário da empresa?

Imprescindível pontuar que no âmbito criminal foram propostas inúmeras ações penais decorrentes dos elementos de provas obtido pela Operação Vórtice, todas em trâmite na 1ª Vara Criminal de Porto Velho/RO, sendo que o Recorrente não figura como acusado em nenhuma dessas ações penais, conforme relatório pormenorizado que consta do Processo 03403/16 – TCE-RO (cópia anexa – p. 38/39).

Com base nas informações supra, o recorrente alegou que não há elementos para manter a imputação contida no Acórdão APL-TC 00326/21-PLENO, por ausência de dolo específico na

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

conduta praticada, considerando que não restou evidenciado quebra de sigilo das proposta e simulação de disputa na licitação, conforme apontado no processo.

II – DAS PENALIDADES

Acerca das penalidades aplicadas pelo Tribunal de Contas, o recorrente alegou que a questão merece ser rediscutida por ser desproporcional. Aduziu que a responsabilização de agentes públicos, no sentido amplo, tanto no âmbito judicial como nos órgãos de controle, deve se fundamentar na análise do ato ilícito praticado, se com dolo ou culpa, verificar o nexo causal e o eventual dano decorrente da conduta. Para tanto, trouxe as seguintes informações que entendeu relevantes:

[...]

Sob esse aspecto, destaca-se que as alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, trouxe novo debate quanto a responsabilidade pessoal dos agentes públicos, notadamente sob a luz do art. 28 da citada lei, o qual define que, em determinadas circunstâncias, a responsabilização do agente, ocorrerá tão somente, quando demonstrado atos praticados com dolo ou erro grosseiro.

Recentemente a conduta do agente ou a culpabilidade da conduta do agente, vem sendo amplamente debatida nas Cortes de Contas, isso porque, com as disposições inseridas pela LINDB, a análise de culpa passou a exercer protagonismo nas decisões.

A ideia de valoração do grau de censura da conduta do agente pode ser constatada em diversas deliberações. Por vezes, aponta-se que o ato foi praticado em desconformidade com a lei, que houve uma irregularidade, sinaliza-se para a presença de culpa, ocasionalmente leve ou levíssima, fatos esses que devem ser observados nas diversas circunstâncias do caso concreto.

O artigo 28 da LINDB, passou a condicionar a responsabilização do agente público à prática de ato doloso ou de ato contaminado por erro grosseiro, restringindo, com isso, as hipóteses de responsabilização de agentes públicos por atuação culposa.

Nesse sentido, nota-se a importância do artigo 28 da LINDB no âmbito dos Tribunais de Contas, em que a conduta do agente, se protagoniza na apreciação dos atos administrativos praticados.

Na dosimetria da pena consideram-se aspectos como: nível de gravidade dos ilícitos, materialidade e grau de culpabilidade do agente, valoradas as circunstâncias do caso concreto. Nesse contexto, sobretudo no presente caso, há que se ter um olhar pormenorizado em toda a extensão processual, não se limitando a literalidade das regras eventualmente violadas imputadas ao Recorrente.

Deve-se, pois, considerar todos os fatores que incidiram sobre ele no momento em que buscava a realização do interesse público, inclusive as dificuldades práticas enfrentadas que possam justificar o seu agir ou o seu não agir. É, portanto, um processo que deve sempre almejar justiça.

Caso esta e. Corte de Contas entenda pelo não afastamento da responsabilidade do recorrente, o que efetivamente não se espera, tem-se que as penalidades impostas não se apresentam proporcionais no caso concreto. O recorrente nunca respondeu a processo administrativo nessa Corte de Contas, além de que as imputações que sobre si recaem não guardam, respeitosamente, toda a gravidade a justificar a imposição de multa no importe fixado, menos ainda a inabilitação do recorrente para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

É importante ressaltar que o recorrente sempre foi servidor público concursado, nas esferas municipal, estadual e federal, e atualmente ocupa função gratificada, além de cargo efetivo, no TJRO, sendo certo que tais penalidades podem trazer prejuízos incalculáveis para a vida profissional deste recorrente, que em nada contribuiu para qualquer tipo de fraude que tenha sido praticada no referido procedimento licitatório.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

Sendo o caso de manutenção da pena de multa, o que não se espera, esta deve ser reduzida ao seu patamar mínimo.

Quanto à penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, esta deve ser afastada, dado o grau ínfimo de gravidade atribuída à conduta do recorrente, reconhecida, a contrário sensu, como indevida. De forma subsidiária, a sua limitação ao âmbito de cargos a serem ocupados no Município de Porto Velho/RO.

Em arremate, suplicou pelo conhecimento do presente Pedido de Reexame, com a reforma do Acórdão APL-TC 00326/21, afastando-se as penalidades de multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada no âmbito da Administração Pública, vez que indubitavelmente não agiu de forma dolosa para fins de fraudar o certame licitatório, de modo que, o provimento do presente recurso é medida que se impõe.

Em exame ao feito, o Ministério Público de Contas (ID 1312777), afiançou que existe nos autos demonstração suficiente da conduta perpetrada pelo recorrente, avultando o nexo de causalidade entre a conduta e a irregularidade apurada e, ainda, o elemento subjetivo substancializado, na negligência na condução do certame, porquanto deixou de examinar com acuidade os documentos eivados de vícios apresentados pelas empresas licitantes, de forma que pudesse evitar assim, que se ultimasse a fraude constatada.

O MPC fez referência ainda ao Parecer nº 0172/2021-GPYFM (ID 1071422) e trechos do voto do relator originário, esclarecendo acerca da conduta reprovável do agente público, ilustrando o nexo de causalidade que contribui para a consumação do ilícito, apresentando, para tanto, as seguintes circunstâncias dignas de destaques:

[...]

Por outro lado, quanto ao fato de o TCE/RO ter assinalado que as condutas perpetradas, dentre outros, pelo Sr. Fabrício Jean de Oliveira Neres, ora insurgente, amoldar-se-iam ao art. 299 do CP ou em último caso ao art. 90 da Lei n. 8.666/1993, trata-se de referência necessária somente para fins de aferição do prazo prescricional a ser aplicado à irregularidade administrativa no âmbito dessa Corte, quando ela, como na espécie, também constituir, em tese, ilícito penal, ex vi do art. 3º, §5º da Decisão Normativa n. 01/2018/TCE/RO [...]

Ademais, não se pode perder de vista que os elementos exigidos para a configuração de infração penal perante o Poder Judiciário são muito mais severos que os estabelecidos no âmbito dessa Corte de Contas, máxime porque as consequências naquele campo também são muito mais gravosas, daí a necessidade de se comprovar além da materialidade, da conduta do acusado e do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do autor e o ato ilícito, o liame subjetivo substancializado, regra geral, no dolo.

Nessa mesma senda, mostra-se indiferente para a responsabilização perante o TCE/RO se o recorrente foi ou não responsabilizado nas ações penais decorrentes da Operação Vórtice, como por ele alegado, pois não se pode igualmente olvidar a independência existente entre a esfera de controle perante esse Tribunal e a esfera judicial perante o Judiciário, só se podendo falar em vinculação se esse último, na esfera penal, atestar a inexistência do fato no mundo fenomênico ou a negativa da autoria, o que não é o caso dos autos.

Em face de tais fundamentos, o MPC pugnou pelo não acolhimento da tese defensiva, considerando que o agente público foi negligente na condução do Pregão Presencial nº 040/2010/SEMAD e como tal, deve ser penalizado na forma do *decisum* combatido.

Pois bem! É de bom alvitre rememorar, que o Acórdão APL-TC 00326/21-PLENO (ID 1136790), ora contestado, foi proferido no bojo do Processo nº 01603/14/TCE-RO, em sede de Fiscalização de Atos e Contratos, que declarou ilegal os atos praticados na condução do Pregão

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

Eletrônico nº 040/2010/SEMAD e aplicou multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), bem como inabilitou o recorrente para o exercício de cargo em comissão ou função gratificada no âmbito da Administração Pública pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Releva anotar, que o dispositivo que imputou responsabilidade ao Pregoeiro à época, foi genérico e abrangente a todos os responsabilizados, vejamos:

[...]

VI – Declarar a ilegalidade dos atos praticados no Pregão Presencial n. 040/2010- SEMAD, dada a fraude ao caráter competitivo da licitação, decorrente da violação do sigilo das propostas e simulação de disputa, o que ensejou o descumprimento do art. 3º, §1º, I e §3º da Lei 8666/1993, bem como do art. 37 da Constituição da República.

[...]

Nota-se, que o cerne da questão de fundo, cinge-se em fraude ao caráter competitivo da licitação, a teor do §3º, do artigo 3º, da Lei Federal nº 8.666/93, que diz: *“A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”*.

Em que pese o recorrente anunciar que foi responsabilizado por contribuir para o uso de documento falso pela empresa PORTO JÚNIOR CONTRUÇÕES LTDA, não foi essa a imputação do aresto contestado e, sim, a violação ao sigilo e a inobservância da garantia da isonomia e da proposta mais vantajosa para a administração, consoante estabelecido no inciso VI, do Acórdão nº APL-TC 00326/21-PLENO.

Para ter uma noção de como foi conduzido o Pregão Presencial nº 040/2010/SEMAD, destacamos alguns pontos⁹ que merecem atenção:

a) a licitação iniciou-se com 19 (dezenove) participantes e apenas 07 (sete) seguiram para a segunda etapa, as demais foram desclassificadas, algumas por motivos formais¹⁰ (ID 981251 - pág. 5);

b) das 07 (sete) empresas classificadas, 02 (duas) foram desclassificadas, com supedâneo no parecer técnico subscrito pelo também investigado Senhor Manoel Neri Piedade (ID 981251 – pág. 5);

c) por fim, na fase de lances verbais e negociação final, apenas 04 (quatro) empresas sagraram-se vencedoras (R. R. Serviços de Terceirização Ltda - M & E Construções e Terraplanagem Ltda - Fortal Empreendimentos Ltda e Porto Junior Construções Ltda);

d) 07 (sete) empresas manifestaram intenção de recurso, contudo não lograram êxito (ID 981251 – pág. 6);

e) por meio de acordo entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a licitação foi anulada, por suspeita de fraude pelo grupo do vencedor (ID 981251 – pág. 5);

f) logo *a posteriori*, o ato de anulação foi declarado ilegal e a licitação foi homologada (ID 981251 – pág. 5);

⁹ Extraído do Relatório conjunto do TCE-RO e MPE-RO.

¹⁰ Motivos técnicos da desclassificação das empresas (ID 981255 – pág. 18/19).

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

g) propostas idênticas, com o mesmo conteúdo, formato e erros gramaticais; planilhas de custos com valores unitários dos materiais (lubrificantes, graxa, filtro, pneu e mão de obra), iguais, inclusive nas casas decimais (ID 981252 – pág. 22);

h) edital retirado possivelmente pela mesma pessoa, considerando que o telefone de identificação constava o mesmo número nos editais;

i) empresas com mesmo endereço, no mesmo prédio, sem qualquer separação arquitetônica;

j) empresa licitante, com procuração para representar empresa concorrente, atuando, simultaneamente, como representante de uma e proprietário de outra empresa;

k) proposta em nome de uma empresa e razão social de outra empresa concorrente.

Das inconformidades listadas, resta evidente que o recorrente, na sua função que ocupava, deixou de atuar com zelo na análise dos documentos necessários à lisura do procedimento, razão porque não há como acatar a tese desenvolvida pelo recorrente, consistente na ausência de dolo específico ou elemento subjetivo suficiente para imputar responsabilidade ao agente público. De todo arrazoado, percebe-se que o pregoeiro não cumpriu com as atribuições de sua função. Em geral, as funções do pregoeiro se resumem em conduzir o certame licitatório, desde a fase da publicação do edital até a homologação e adjudicação do objeto.

Especificamente, nos termos da Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), as funções do pregoeiro são: recebimento de propostas e lances, análise de sua aceitabilidade e sua classificação, habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor; decidir a respeito da aceitabilidade quanto ao objeto e valor da proposta classificada em primeiro lugar; verificação da documentação de habilitação do licitante vencedor; examinar as ofertas subsequentes, caso a oferta do licitante desatender às exigências habilitatórias e, por fim, realizar negociações com o proponente.

O Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta a modalidade pregão, elenca as funções do pregoeiro como sendo as seguintes: conduzir a sessão pública; receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos; verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital; coordenar a sessão pública e o envio de lances; verificar e julgar as condições de habilitação dentre outras ações.

Em vista ao procedimento, o pregoeiro desconsiderou a legislação inúmeras vezes e deu prosseguimento ao certame eivado de vício, sendo sua ação, fator preponderante para frustrar o caráter competitivo da licitação.

As omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não ensejam necessariamente a antecipada desclassificação das respectivas propostas, devendo a administração pública promover as adequadas diligências junto às licitantes para a devida correção das eventuais falhas formais, sem a alteração, contudo, do valor global originalmente proposto, em consonância, com os precedentes (Acórdãos 2.546/2015, 1.811/2014, 1.87/2014 e 830/2018, do Plenário do TCU).

É de observar que mesmo com uma gama de participantes (dezenove empresas), a maioria foi desclassificada mesmo tendo valores inferiores, não tendo o pregoeiro empreendido nenhuma diligência visando sanar falhas formais ou erros passivos de adequação, pelo contrário, recusou inclusive os recursos impetrados, sem adotar medidas inerentes a sua função, o que consumou na malfadada contratação.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

O fato de ter alegado que não foi pronunciado nos processos judiciais, não afasta a incumbência do dever institucional do Tribunal de Contas em atuar no episódio. A função típica da Corte visa zelar pela proteção do erário em sua extensão e pelos atos decorrentes da malversação desses recursos, especificamente no sentido de penalizar o agente público que descumpriu os ditames das leis e normativos aplicados no âmbito desta Corte, diferentemente da esfera judicial, que tem por precípua básico a condenação por prática de crimes tipificados no Código Penal ou na Lei de Improbidade Administrativa.

Portanto, inquestionável a omissão do pregoeiro no feito, considerando que detinha conhecimento dos fatos e mesmo assim, permitiu a continuidade do certame, sem produzir qualquer documento narrando as falhas evidenciadas na condução do Pregão Presencial nº 040/2010/SEMA, configurando deste modo, o nexo de causalidade e o elemento subjetivo e a intenção dolosa de burlar a licitação.

O recorrente alega que a dosimetria da pena foi desproporcional, não tendo o Tribunal de Contas observado o regramento estabelecido no artigo 28 da LINDB, que exige a prática de ato doloso ou contaminado por erro grosseiro para responsabilização do agente público.

Em substância, o debate foi enfrentado no processo original e levou em consideração as circunstâncias da LINDB para aplicação da penalidade de multa. No caso, inexistente reparação na dosimetria da pena, afim de atenuar ou excluir a responsabilidade do recorrente, a uma, porque inexistente erro grosseiro a ser reparado, a duas, porque ficou amplamente demonstrado a vontade deliberada para atuar de forma contrária a legislação, posto que não cumpriu com o dever funcional de examinar minuciosamente as propostas ofertadas na licitação, frustrando o caráter competitivo do certame no procedimento examinado, devendo, assim, ser rejeitado o pleito.

Em relação a penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, aduziu o recorrente que a punição deve ser afastada, ou, na hipótese de negativa, que seja considerado a limitação da pena somente no âmbito do Município de Porto Velho.

Em exame a defesa apresentada, o Ministério Público de Contas, afirmou que a penalidade aplicada deve ser mantida nos exatos termos do *decisum*. No que tange ao pedido suplementar, de que seja restrito a vedação ao Município de Porto Velho, aduziu o *Parquet* de Contas, que o pleito padece de amparo legal, considerando que a penalidade se estende para toda a administração pública e não só ao município de Porto Velho.

A restrição somente no âmbito do ilícito praticado aplica-se para as empresas, dado à função social e da sua existência, a teor dos §§3º e 4º, do Art. 12, da Lei nº 8.429/92, com as alterações dada pela Lei nº 14.230/2021, que diz:

§3º Na responsabilização da pessoa jurídica, deverão ser considerados os efeitos econômicos e sociais das sanções, de modo a viabilizar a manutenção de suas atividades.

§4º Em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a sanção de proibição de contratação com o poder público pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade, observados os impactos econômicos e sociais das sanções, de forma a preservar a função social da pessoa jurídica, conforme disposto no § 3º deste artigo.

Consoante demonstrado, a sanção de proibição de contratação com o poder público deve alcançar todos os entes públicos, da mesma forma que as decisões do Poder Judiciário, também vedam a nomeação de agentes condenados em assumir cargo público em toda a administração pública, tanto é, que o alcance da penalidade impede a emissão de certidão pelo prazo aplicado, impossibilitando

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
Gabinete Conselheiro Valdivino Crispim de Souza

o agente de exercer cargos públicos. Assim, na mesma senda do MPC, a restrição da pena aplicada pelo relator está em harmonia com o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, verificada a gravidade das infrações cometidas pelo pregoeiro à época, vez que frustrou o caráter competitivo do instrumento convocatório, pela inação do agente público, posto que permitiu o prosseguimento da licitação eivada de vícios insanáveis, quer pela combinação, ou por violação ao sigilo das propostas entre as empresas, implicando em prejuízo ao Município de Porto Velho, o que deve ser reprovável por esta Corte de Contas, por transgredir a Lei Federal nº 8.666/93 vigente à época e artigo 37, da Constituição Federal. Logo, a manutenção do *decisum* é medida que se impõe.

Posto isso, convergindo integralmente com o opinativo do *Parquet* de Contas exarado no Parecer nº 0245/2022-GPGMPC (ID 1312777) da lavra do d. Procurador-Geral Adilson Moreira de Medeiros, submeto à deliberação deste Egrégio Plenário, nos termos do inciso II, do artigo 121, do Regimento Interno¹¹, a seguinte proposta de **decisão**:

I – Conhecer o Pedido de Reexame interposto pelo Senhor **Fabício Jean Barros de Oliveira Neres** (CPF: ***.270.302-**), na qualidade de pregoeiro-substituto do Município de Porto Velho à época, em face do Acórdão APL-TC 00326/21 – Pleno, relativo ao Processo nº 01603/14/TCE-RO, por preencher os requisitos de admissibilidade preconizados no art. 45 da Lei Complementar nº 154/96 c/c os artigos 78, do Regimento Interno;

II – No mérito, negar provimento ao presente Pedido de Reexame, posto que o recorrente não logrou êxito em comprovar que agiu com prudência na condução do Pregão Presencial nº 040/2010/SEMD, o que deu origem a violação do sigilo das propostas e simulação de disputa, em descumprimento do art. 3º, §1º, I e 3º da Lei Federal nº 8.666/1993 e art. 37 da Constituição da República, frustrando o caráter competitivo da licitação e, por consequência, manter-se inalterados os termos do Acórdão APL-TC 00326/21-PLENO, pelos seus próprios fundamentos;

III – Intimar do teor desta decisão o recorrente, Senhor **Fabício Jean Barros de Oliveira Neres** (CPF: ***.270.302-**), na qualidade de pregoeiro-substituto do Município de Porto Velho à época, com a publicação no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal – D.O.e-TCE/RO, cuja data deve ser observada como marco inicial para possível interposição de recursos, com supedâneo no art. 22, IV, c/c art. 29, IV, da Lei Complementar nº 154/96, informando da disponibilidade do inteiro teor no sítio: www.tzero.tc.br, menu: consulta processual, link PCe, apondo-se o número deste Processo e o código eletrônico gerado pelo sistema

IV – Arquivem-se estes autos, após efetivadas as formalidades legais e administrativas necessárias.

Sala das Sessões, 03 de maio de 2024.

(assinado eletronicamente)

Conselheiro **VALDIVINO CRISPIM DE SOUZA**
Relator

¹¹ Art. 121. Compete ao Tribunal Pleno: [...] II - julgar os recursos de reconsideração e de revisão, embargos de declaração e os pedidos de reexame opostos às suas próprias decisões; [...] Regimento Interno (aprovado pela Resolução Administrativa nº 005/TCER-96).