



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR CONSELHEIRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.**

Secretaria da Primeira Câmara

Ref.: Ofício nº. 7109/2021.

Ref.: Processo nº. 1024676 - SEC/1ª Câmara que apuram denúncias que especificam.

JOSÉ GOMES BRAQUINHO, já devidamente qualificados nos autos do processo em epígrafe, instado a se manifestar a cerca dos fatos narrados nos procedimentos informados, vem tempestivamente à íncrita presença de Vossa Excelência, por seu procurador ao final assinado, e com espeque nos artigos 25, inciso XXIII, 324, 334, 335 da Resolução 12 de 2008 que contém o Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Contas de Minas Gerais, para interpor:

RECURSO ORDINÁRIO

Contra a decisão que determinou aplicação de multa ao recorrente no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais) bem como entendeu por determinar, a ele, a competente abertura de TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, no âmbito da administração municipal de Unaí, para apurar a possibilidade de danos ao erário decorrente do pagamento de jetons a integrantes da Comissão de Licitação do Município, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

Pugna-se pelo recebimento do presente recurso ordinário e, após a tramitação de praxe, o seu encaminhamento para o Tribunal Pleno deste Egrégia Corte de Contas, a fim de que seja reformada a decisão mencionada alhures.

Termos em que pede deferimento.

Pedem e esperam

Deferimento

Unaí - MG 30 de setembro de 2021.

ARON ÉFREM MENDES REINEIROS

OAB - MG 111.805

**Endereço: Avenida Governador Valadares, 594 – Centro, 1
Telefone: (38) 9912-4833
Unaí-MG - CEP: 38610-000**



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

RAZÕES DO RECURSO ORDINÁRIO

EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DE MINAS GERAIS;

EMINENTES CONSELHEIROS,

O acórdão recorrido traduz o entendimento da Colenda 1ª Câmara deste Egrégio Sodalício que julgou e entendeu por bem, aplicar multa individual ao recorrente. Todavia, a decisão merece ser reformada, pelas razões expostas neste recurso.

I - Breves Entabulas.

1. A Primeira Câmara desta Egrégia, ao analisar Representação feita pelo Senhor Ilton de Oliveira Campos, entendeu por bem, aplicar multa no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais) ao gestor deste Município sendo o Senhor José Gomes Branquinho. A decisão sustenta-se em, *permissa data máxima vênia*, hermenêutica equivocada da natureza jurídica do cargo permanente da administração, conforme será demonstrado nas linhas que passa-se a desenhar.

2. Ao final, foi determinada, ainda, a abertura de procedimento de Tomada de Contas Especial para apurar suposta lesão ao erário pelo pagamento de jetons aos membros da comissão.

II - Da Antecipação de Tutela

3. A antecipação de tutela de urgência se traduz na antecipação do provimento jurisdicional favorável quando evidenciados a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, podendo ser volvida em caso de improcedência do recurso.

4. Em analogia festejada pelo ordenamento Brasileiro, e aqui conjurando os ditames do código de ritos cíveis do Brasil, uma vez presentes os requisitos do artigo 300 e seguintes, bem como o artigo 932, todos do novo Código de Processo Civil, o relator do presente recurso ordinário pode e deve antecipar a tutela de urgência requerida, veja-se:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 932. Incumbe ao relator: [...]

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

5. O *fumus boni iuris* está presente no caso em apreço, tendo em vista que o recorrente possui direito líquido e certo, em razão de que ocorreu uma má interpretação ao se entender como sendo cargo permanente aquele ocupado por servidor de carreira, como se este fosse valorado em razão do ocupante, sendo que esse sim, a qualquer momento poderá ser exonerado, porém, o cargo que este ocupava permanecerá nos quadros da administração pública.

Endereço: Avenida Governador Valadares, 594 – Centro, 2
Telefone: (38) 9912-4833
Unaí-MG - CEP: 38610-000



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

6. Do mesmo modo, o *periculum in mora* também está presente, tendo em vista que, caso a decisão que aplicou a multa ao Senhor José Gomes Branquinho continue surtindo efeitos, o Requerente sofrerá danos, pois terá confiscado do seu subsídio o valor da multa ora glosada. Além disso, corre-se o risco de perdimento do próprio recurso ordinário se a multa aplicada, diga-se, 2.000,00 (dois mil reais) for executada.

7. Em sendo assim, presentes, pois, os requisitos autorizadores da concessão da medida, pelo que se pugna, a concessão dos efeitos da tutela de urgência, liminarmente e *inaudita altera pars*, para **suspender a execução da multa em questão**.

III - Fundamentação Jurídica

8. Senhor Conselheiro, impende gizar que de forma a atilar a defesa do justificante, imperioso considerar que não houve nenhum prejuízo aos cofres da Administração assim, não se pode punir por presunção, sob pena de se execrar indevidamente o administrador público. É o que norteia o Professor Fernando Capez:

"A ânsia desmesurada em punir o administrador público com uma pena exemplar é resultado da pressão da mídia ou da opinião pública, o que tem tornado a Lei de Improbidade Administrativa um perigoso instrumento de vingança, cuja incidência, com menoscabo a garantias individuais, produtos de uma árdua e longa conquista histórica, constitui grave retrocesso ao Estado Democrático de Direito." (FERNANDO CAPEZ, Procurador de Justiça do Estado de São Paulo licenciado, e Deputado Estadual, in Limites Constitucionais à Lei de Improbidade, Saraiva, SP, 2.010, p. 297) "

9. O segundo ponto refere-se à possibilidade da nomeação de servidor comissionado para compor como membro comissão de licitação, na condição de servidor pertencente aos quadros permanentes da entidade responsável pela licitação.

10. Para Petrônio Braz, a nomeação é possível, conforme se depreende do seu ensinamento:

"(...) entende-se por servidor dos quadros permanentes os ocupantes dos cargos efetivos ou em comissão, regularmente nomeados e empossados, em pleno exercício do cargo' (Processo de Licitação - Contrato Administrativo e Sanções Penais, Livraria e Editora de Direito Ltda., 1995, pg. 105)."

11. Esse entendimento foi compartilhado pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo no Parecer n.º 014/96, referente ao Processo TC 6.605/95, em resposta a consulta formulada pela Prefeitura Municipal de São José do Calçado/ES. Vejamos:

"(...) Isto, porque o dispositivo (art. 51 da Lei n.º 8.666/93) se refere a servidores pertencentes aos quadros permanentes e estes são compostos

Endereço: Avenida Governador Valadares, 594 – Centro, 3

Telefone: (38) 9912-4833

Unaí-MG - CEP: 38610-000



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

tanto de cargos de provimento efetivo como de cargos de provimento em comissão. A exigência da lei, portanto, é que ao menos dois membros sejam servidores ocupantes de cargos que integrem o quadro permanente do órgão, não se referindo ao provimento do cargo, se é efetivo ou comissionado.(...)

(...) É mister que se entenda que o servidor pertencente ao quadro permanente de um órgão da administração não é necessária e tão somente aquele que ocupa cargo de provimento efetivo, porque o quadro permanente é constituído do conjunto de carreiras e cargos isolados. (...) Por todo o exposto e fulcrados no art. 51 da Lei 8.666/93, opinamos no sentido se responda ao Consultante que inexistem óbices legais à que se admita que servidor ocupante de cargo comissionado - não efetivo - participe de Comissão de Licitação sendo que pelo menos dois membros devem ser ocupantes de cargos que integrem o quadro permanente do órgão responsável pela licitação' (Parecer n.º 014/96 - Processo TC 6.605/95 - fls. 02/03)."

12. O Egrégio Tribunal de Contas da União, entende por valorizar os gestores probos momento em que, em seus arestos, outorga a discricionariedade a cada autoridade administrativa a decisão acerca da escolha de membros que passarão a compor a comissão de licitação (Processo n. TC-550.171/92-4, Decisão n. 47/93, publ. DOU de 30.03.1993, Seção 1, p. 3989), inclusive, comissionados em sua maioria.

13. Por sua vez, bem recentemente, assim se pronuncia o Tribunal de Contas de Roraima:

"[...]Do dispositivo citado, fica clara a necessidade de que dos 3 (três) membros exigidos para a formação da comissão, no mínimo 2 (dois) devem pertencer aos quadros permanentes dos órgãos da Administração, sendo que, após preenchido este requisito, a especificidade ou complexidade do objeto licitado poderá demandar o auxílio de profissionais com conhecimento técnico-científico da área respectiva, ficando permitida a participação destes profissionais, mesmo que não façam parte do quadro permanente. É evidente que tal permissivo, previsto textualmente na Lei de Licitações, evitando-se ofensa ao princípio da segregação das funções e ao princípio da moralidade, não se estende aos servidores responsáveis pela execução de contratos, ou aqueles que, devido ao exercício da função, tenham relacionamento direto e freqüente com fornecedores de bens ou serviços, tal como o responsável pelo departamento financeiro, ainda mais quando não pertencentes ao quadro permanente da instituição. (Relatório de processo exarado no TCE/RR, no julgamento denúncia contra a Companhia Energética de Roraima. Processo TCE/RR n. 008/2005. Ata n. 022/2006. Acórdão n. 022/2006, julgamento em 26 de julho de 2006. Disponível em < <http://www.imprensaoficial.rr.gov.br/diarios/dae-20060811.pdf> >. Consulta em 06.06.2007.)."



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

14. Assim, excelências, nas sendas dos entendimentos exarados pelos Tribunais de Contas de nosso rincão, salta aos olhos que, o cargo permanente descrito no artigo 51 da lei Lei nº 8.666 de 21 de Junho de 1993, refere-se ao cargo que integra a estrutura do Plano de Cargos e carreiras do órgão, e que prevê o exercício de diversas funções, e não aquele que por eventualidade é criado para atender fim específico. Assim, trata-se é aquele que não é temporário.

15. Nesse jaez, a expressão "Permanente" decorre da espécie do cargo, e não da condição específica do servidor ou empregado público nele investido.

16. Ademais salta aos olhos que, na efetivação da norma legal, não se pode deixar de verificar, de forma objetiva, o princípio da proporcionalidade, evitando imputação de responsabilidade desarrazoada, desentoadada da verdade e que não guarde relação com a gravidade e a lesividade do ato praticado. Essa orientação se anela aos princípios de justiça e permite uma adequação das reprimendas às circunstâncias subjetivas do agente e ao dano material ou moral efetivamente causado.

17. Nesse mister, torna-se imperioso que se analise a intensidade do vitupério aos valores sociais prediletos pela ordem jurídica e as circunstâncias peculiares do caso concreto, dentre elas, o grau de dolo ou culpa com que se houve o agente, levando-se em conta o desenvolvimento da execução orçamentária e as efetivas consequências do fato.

18. Ausente o dolo e a má-fé, dos atos imputados como irregulares, e sobressaindo a ausência de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, aliado ao fato de não ter ocorrido nenhum atentado ao princípio da legalidade e moralidade administrativa ou outro ao qual se curvam os atos administrativos, torna-se forçoso considerar a exegese e na aplicação das regras de Direito Público, que rezam que não se podem punir condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa.

19. A má-fé é premissa inarredável de qualquer ato administrativo irregular e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador, razão pela qual, entendemos não haver que se falar em dano ou lesão ao erário antes de terminado o serviço contratado, pois, a qualquer instante, a administração e o contratado podem envidar ações de forma a corrigirem irregularidades meramente administrativas.

20. Miguel Reale, com acerto, afirmou que a "*Lei exsurgiu a plano tão alto que passou a ser a única fonte do direito*", esclarecendo que o "*problema da Ciência Jurídica resolveu-se, de certa maneira, no problema da interpretação melhor da lei*".

21. Depreende-se, de garimpo ao caso presente, a absoluta ausência de dolo e de dano ao erário, uma vez que os cofres da Prefeitura Municipal de Unai, não sofreram qualquer



prejuízo, mesmo porque os gastos contratados foram efetivamente compensados e a preço justo e de acordo com o praticado no mercado, e não causaram qualquer prejuízo ao erário público, ao contrário, geraram economia, o que desnatura possíveis indícios de improbidade administrativa, nos termos regidos pela Lei federal nº 8.429, de 1.992, e conforme o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido.

22. É correntio em direito, portanto, que para o agente ser condenado nas penas da lei, ou sofrer qualquer reprimenda desta, haverá de estar inequivocamente demonstrado o seu dolo, a sua má-fé e o prejuízo que ensejou ao erário, o que, conforme se evidencia, absolutamente não ocorreram neste caso. Sim, porque ninguém é desonesto por imperícia, nem velhaco por imprudência, nem inidôneo se não quiser sê-lo ostensiva e propositadamente.

23. Ocorre que o *plus* exigido para a caracterização do ato de improbidade – que é traduzido pelo propósito de auferir vantagem, não é verificado no caso presente, razão pela qual, deve ser afastada, dos requeridos, que ora se manifestam, qualquer imputação.

24. Tal entendimento se encontra totalmente pacificado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme se lê do julgamento do RESP nº 213994/MG: “Administrativo – Responsabilidade de Prefeito – Contratação de pessoal sem concurso público – Ausência de Prejuízo”.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso Improvido.” (STJ, Rel. Min. Garcia Vieira, RESP nº 213994/MG, 1ª T., DJ de 27.09.99, p. 59)”

25. Oportuno registrarmos que o justificante, exerce função pública por muitos anos e nada existe que possa macular sua conduta pública.

26. Não responde procedimento administrativo, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, ou judicial (nas esferas cível, criminal ou eleitoral), reforçando a idéia de absoluta lisura e respeito à escala de valores morais e éticos que ele tem, na condução da coisa pública.

27. De fato, nos tempos modernos, ninguém exerce impunemente mandato eletivo. O político desonesto não consegue escamotear suas ações por tanto tempo, muito menos esconder da sociedade o seu verdadeiro caráter, portanto afirma-se com clareza que aqui, **não tem ladrões.**

28. **Inclusive, a punição por presunção de dolo, é vergastada pelos escólios desta Egrégia Corte de Contas Mineira vejamos:**



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

PROCESSO ADMINISTRATIVO. INSPEÇÃO ORDINÁRIA. PREFEITURA MUNICIPAL. OBRAS. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PRESCRIÇÃO. IRREGULARIDADES PASSÍVEIS DE MULTA. OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. DANO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA. APONTAMENTOS DE DANOS AO ERÁRIO. METODOLOGIA DE APURAÇÃO. EFETIVA LESIVIDADE AOS COFRES PÚBLICOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Decorridos 8 anos da primeira causa interruptiva, sendo o processo autuado anteriormente a 15/12/2011, declara-se a prescrição da pretensão punitiva da Corte com relação aos apontamentos de irregularidades passíveis de aplicação de multa. 2. É imprescritível pretensão ressarcitória de dano ao erário que não decorrer de ilícito meramente civil, nos termos de recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal. 3. A jurisprudência majoritária tem decidido que não basta a mera presunção de dano para haver condenação dos agentes públicos à devolução de quantias, mister se faz demonstrar a ocorrência da efetiva lesividade aos cofres públicos e o consequente dano ao erário, sendo necessária a realização de estudo comparativo entre os preços pagos pelas obras com os preços praticados no mercado à época do efetivo pagamento. 4. Improcedência dos apontamentos de dano ao erário. Primeira Câmara 32ª Sessão Ordinária - 30/10/2018(TCE-MG - PA: 708988, Relator: CONS. SEBASTIÃO HELVECIO, Data de Julgamento: 30/10/2018, Data de Publicação: 04/12/2018)"

29. Imperioso sinuar que, ainda que ocorresse erro material na condução de qualquer certame, bem como dos contratos, que deste originariam, o que desde já não se admite, tem-se a admissão de erro sanável via de diligências inclusive no decorrer da execução contratual, forma administrativa entre Poder Público, e Contratados base que erige o princípio da boa fé. A propósito o festejado mestre Marçal Justen Filho assim se posiciona:

"Neste sentido, Marçal Justen Filho ensina que" a realização da diligência não é uma simples "faculdade" da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

realização."(Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16 ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.) (grifo e destaque nosso)".

30. Nos ensinamentos de Ivo Ferreira de Oliveira, que elucida com a clareza a questão, a diligência visa:

"(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. "(Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)".

31. E ainda nesse sentido, segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

"Eventualmente, poderá ser invocado o princípio da razoabilidade para relevar pequenas irregularidades, que em nada impedem a Comissão de Licitação de avaliar o preenchimento dos requisitos para habilitação ou classificação "(Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 45)".

32. Assim, nada mais justo do que tratar com justiça aos que, assim como o Senhor José Gomes Branquinho, trilham as sendas da legalidade, razão pela qual, pede-se a extinção da imposição do pagamento da multa ora vergastada.

33. Concernente a determinação, por parte da Colenda Primeira Câmara, deste Egrégio Sodalício, ao Senhor José Gomes Branquinho, na condição de gestor, e nas fincas dos artigos 245 e 249 da Resolução nº. 12/2008 que Contém o Regimento Interno desta Egrégia Corte, será instaurado o Procedimento de Tomadas de Contas Especial para apurar suposta possibilidade da ocorrência de danos ao erário por supostos pagamentos de jetons aos membros da comissão.

34. Mister pontuar, desde já, que NÃO OCORREU nenhum dano ou lesão ao erário do Município de Unaí, porém em obediência à determinação desta Egrégia Corte e para que tal informação siga de maneira formal é que será instaurado o procedimento de Tomada de Contas Especial, mencionado alhures.

III - Pedidos

35. Em razão do exposto, requer-se seja conhecido e provido o presente recurso ordinário, reformando a decisão que aplicou a multa ao Senhor José Gomes Branquinho, para que seja essa anulada.

36. Assim feito.



Aron Efrem Mendes Reineiros
OAB-MG 111.805

Pede e espera

Deferimento

Unai - MG 30 de setembro de 2021.

ARON ÉFREM MENDES REINEIROS

OAB - MG 111.805