



MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA
CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL
1ª PROCURADORIA DE CONTAS

PROCESSO:	TCE/006875/2013
ÓRGÃO JULGADOR:	TRIBUNAL PLENO
RELATOR:	CONS. Pedro Henrique Lino de Souza
NATUREZA:	DENÚNCIA
DENUNCIANTE:	CRISTIANE MARIA DE OLIVEIRA MOREIRA ORTEGA PONTUAL TECNOLOGIA EM PONTO
DENUNCIADA:	SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA – SESAB

PARECER N° 000438/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de expediente processual manejado pela Sra. Cristiane Maria de Oliveira Moreira Ortega, representante da empresa Pontual Tecnologia em Ponto, em face da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia, onde sustentou irregularidades na contratação, pela SESAB, da empresa Task Sistemas de Computação S/A, para o fornecimento de solução integrada de controle de ponto eletrônico e controle de acesso, incluindo equipamentos, licença de uso de software, instalação, configuração, manutenção dos equipamentos e treinamento, instrumentalizada através do Contrato nº 009/2012, em 29/02/12, no valor de R\$ 4.228.927,29.

Aportado neste Corte de Contas, o expediente foi autuado como Denúncia e encaminhado à ATEJ, a qual opinou (fls. 56/57) pela notificação da denunciante para que esta regularizasse formalmente a Denúncia, através da juntada de documento que comprovasse sua condição de Representante Legal da Empresa Pontual Tecnologia em Ponto (o que foi feito através do documento acostado às fls. 64/65 dos autos), bem como

pela notificação da denunciada (SESAB), para apresentação de esclarecimentos em relação ao quanto alegado pela denunciante.

Em resposta às notificações expedidas através dos Ofícios n.ºs 226/2014/TCE – GAPRE/SEG e 511/2014, os Srs. Washington Luís Silva Couto e Jorge José Santos Pereira Solla (titular e ex titular da pasta do Estado à época), apresentaram informações e acostaram documentos às fls. 159/181 e 186/209, respectivamente.

Os autos foram então encaminhados à 6ª CCE, a qual opinou (fls. 666/677) pela improcedência da denúncia considerando a regularidade do Contrato objeto da denúncia, exceto quanto ao acréscimo introduzido no objeto originalmente contratado, através do Termo Aditivo n.º 162/2013, em 29/11/2013.

Após manifestação da auditoria, o Denunciado foi notificado (fls. 704) para querendo, se manifestar acerca dos apontamentos contidos no Relatório, o que foi feito pelo Sr. Washington Luís Silva Couto às fls. 721/730.

Em seguida os autos retornaram à 2ª CCE para emissão de parecer conclusivo, tendo esta ratificado entendimento esposado às fls. 666/677 dos autos.

A ATEJ foi instada a se manifestar conclusivamente, o que foi feito através do opinativo acostado às fls. 810/814 dos autos, oportunidade na qual opinou pela procedência parcial da denúncia, tendo em vista as irregularidades apontadas pela Auditoria em relação ao Termo Aditivo ao Contrato.

Em síntese, é o que cumpre relatar.

Passemos a opinar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

No que tange aos requisitos de admissibilidade da peça em manejo (protocolizada como Denúncia), cumpre reproduzir os arts. 31 e 32 da Lei Complementar n.º 005/91(Lei

Orgânica deste TCE-BA) que tratam da matéria em questão da seguinte forma:

Art. 31 - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar, mediante petição fundamentada, irregularidades perante o Tribunal de Contas.

Art. 32 - **A denúncia versará sobre matéria de competência do Tribunal de Contas**, referindo-se a administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, devendo ser redigida em linguagem clara e objetiva, com assinatura do denunciante, sua identidade, qualificação e endereço, e acompanhada de prova ou indício substancial relativo ao fato denunciado ou à existência de ilegalidade ou irregularidade. (grifo nosso).

Em face do teor dos dispositivos acima invocados, percebe-se que o expediente em apreço fora manejado em atendimento aos requisitos legais de admissibilidade estabelecidos para Denúncia, vez que versa sobre matéria de competência deste Tribunal de Contas do Estado, dizendo respeito à regularidade, ou não, de procedimento licitatório e legalidade do contrato firmado em decorrência desta licitação - para aquisição de equipamentos e serviços, bem como licença para utilização software - no âmbito da Administração Pública do Estado da Bahia, notadamente, na SESAB.

Registre-se que formular Denúncia (dentro das hipóteses de cabimento) materializa exercício do direito de Representação. Assente-se, portanto, que, independentemente dos sobreditos requisitos, o direito de comunicar e/ou representar às autoridades competentes, sobre quaisquer ilegalidades ou irregularidades ocorrida no âmbito da Administração Pública, tem fundamento constitucional. Trata-se do direito fundamental de petição (*in casu*, pedido de apuração), previsto no art. 5º, XXXV da CF/88, senão vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de

taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. (grifo nosso).

O exercício do direito de petição protege, primordialmente, o interesse público, na medida em que possibilita a qualquer cidadão e/ou particular comunicar, às autoridades competentes, sobre quaisquer eventuais irregularidades e/ou ilegalidades praticadas em prejuízo da coisa pública. Com isso, protege-se, em última análise, a coletividade, verdadeira titular dos bens públicos, contra possível lesão ou ameaça de lesão.

Sobre o direito de petição, discorre Gilmar Ferreira Mendes:

Não se trata, apenas, de um direito amplamente disponível, mas de garantia processual que figura como mecanismo apto para a materialização do plexo normativo de outros direitos fundamentais.
[...]

O direito de petição é um típico direito fundamental de caráter geral ou universal (direito da pessoa humana), assegurado a todos, pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo a entes não dotados de personalidade jurídica. Pode ser exercido individual ou coletivamente.

Não há aqui sequer que se cogitar de qualquer critério relativo à capacidade de exercício, uma vez que o menor também poderá exercer o direito de petição, se tiver consciência de seu significado. Em outros casos, deverá ser representado pelos seus representantes legais. (grifo nosso).

O direito fundamental de petição guarda tamanha amplitude, que o Superior Tribunal de Justiça tem decidido, em diversas oportunidades, pela validade das diligências investigatórias determinadas pelas autoridades competentes com base em “denúncias anônimas” formuladas acerca de ilegalidades cometidas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. ALEGADA CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA

EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PERDA DO OBJETO. [...] III - Não há, na linha da jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal, (v.g. HC 95.244/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE 30/04/2010) qualquer ilegalidade na determinação de realização de diligência para apurar a veracidade de denúncia anônima formulada dando conta da prática de crime de tráfico de entorpecentes, da qual advém a prisão em flagrante do paciente [...]. (HC 137.256/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/09/2010). (grifo nosso).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE USURA E SONEGAÇÃO FISCAL. NULIDADE. DENÚNCIA ANÔNIMA. POSSIBILIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07). Precedente do STF (AgRg na MC em MS 24.369-4/DF)[...]. (HC 114.846/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES. LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 02/08/2010). (grifo nosso)

Considerando: *(i)* as razões jurídicas acima expostas; *(ii)* o atendimento aos requisitos legais de admissibilidade previstos na legislação deste TCE-BA para Denúncias e *(iii)* a amplitude do direito de petição em comento, entende este Órgão Ministerial, que o feito em tela deve ser conhecido como **Denúncia**.

2.1. DO OBJETO DA DENÚNCIA

O objeto da presente Denúncia refere-se a atos irregulares praticados no âmbito da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia (SESAB) consistentes na formalização de contrato respaldado em uma ata de registro de preços (ARP) com prazo de vigência expirado; descumprimento de prazos contratuais de execução do objeto; pagamento indevido; não prestação de garantia do contrato, dentre outras.

Após autuação dos autos, a Denunciante juntou inúmeros documentos, destacando-se a cópia da Ação Civil Pública, tombada sob o nº 0315287-24.2014.8.05.001 proposta pelo Ministério Público Estadual junto à 6ª Vara da Fazenda Pública, acostada às fls. 129/146 dos autos.

Na presente ação, o Ministério Público alegou: **(i)** limitação de escopo na utilização de registro de preços reciprocamente entre entes da federação; **(ii)** exigência de expressa previsão editalícia para utilização de registro de preços pelos entes federativos; **(iii)** impossibilidade de assinatura retroativa de instrumento contratual por violação de princípios atinentes ao processo licitatório, contemplados na Constituição e em lei.

Em resposta, os denunciados afirmaram, em linhas gerais que: **(a)** O SRP encontra-se previsto no art. 15 da Lei Federal nº 8.666/93 e nos arts. 31, inciso II e 33, da Lei Estadual nº 9.433/05 e pelo Decreto nº 9.457/05, alterado pelo Decreto nº 10.023/06; **(b)** que obtiveram anuência expressa do Ministério da Saúde para adesão à Ata de Registro de Preço; **(c)** que em contato prévio realizado com a Empresa Task Sistemas de Computação a mesma manifestou interesse em fornecer Solução Integrada de Controle de Ponto Eletrônico, de acordo com os termos e condições constantes no Edital, referente ao Pregão Eletrônico nº 189/2010; **(d)** que o Tribunal de Contas se manifestou, através da 2ª Coordenadoria de Controle Externo, pela ausência de irregularidades no Contrato nº 009/2012; **(e)** que o TCU já se manifestou favoravelmente a este tipo de procedimento nos Acórdãos nº 1487/2007 e nº 392/2009; **(f)** que o Decreto Federal nº 7.892/2013 dispõe sobre a possibilidade, atendido os requisitos, da utilização do procedimento denominado de Adesão ou Carona por outros órgãos e entidades que não participaram originariamente do certame.

Vejamos.

O registro de preços é utilizado quando o Poder Público licita para contratação posterior. Essa possibilidade está prevista expressamente no art. 15, inciso II da Lei 8.666/93 (regulamentado pelos Decretos nºs 3.931/01, 4.342/02 e 7892/13). Prevê o referido dispositivo:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

No âmbito Estadual, o procedimento está previsto nos arts. 31, inciso II (o qual reproduziu o quanto previsto no art. 15, inciso II da Lei 8.666/93) e no art. 33 da Lei Estadual nº 9.433/05 (regulamentada pelo Decreto nº 9.457/05, alterada pelo Decreto nº 10.023/06). Dispõe o art. 33 da referida lei:

Art. 33 - As compras de aquisição frequente pela Administração e os serviços de menor complexidade técnica serão processadas mediante o sistema do registro de preços, a ser regulamentado por decreto.

§ 1º - O registro de preços deverá ser precedido de ampla e permanente pesquisa do mercado local.

§ 2º - Far-se-á o registro dos preços de serviços e fornecimentos mediante licitação nas modalidades de pregão ou concorrência, devendo constar dos editais:

I - estipulação prévia do sistema de controle, reajuste e atualização dos preços registrados, segundo os critérios fixados em regulamento;

II - prazo de validade do registro, não superior a um ano;

III - estimativa das quantidades a serem provavelmente adquiridas ou utilizadas pela Administração, na medida de suas necessidades e segundo a conveniência do serviço, durante o prazo de validade do registro;

IV - sanções para a recusa injustificada do beneficiário ao fornecimento dos bens ou prestação dos serviços, dentro do limite máximo previsto;

V - previsão de cancelamento do registro, por inidoneidade superveniente ou comportamento irregular do beneficiário, ou, ainda, no caso de substancial alteração das condições do mercado.

§ 3º - Durante seu prazo de validade, as propostas selecionadas no registro de preços ficarão à disposição da Administração, para que efetue as contratações nas oportunidades e quantidades de que necessitar, até o limite estabelecido.

§ 4º - A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, previstas nesta Lei.

§ 5º - O beneficiário do registro de preços, em igualdade de condições, tem direito à preferência para a contratação, dentro dos limites previstos, do prazo de validade estabelecido e das condições da proposta, tantas vezes quanto necessitar a Administração.

§ 6º - Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral, em razão da sua incompatibilidade com o preço vigente no mercado.

A utilização do procedimento da ata de registro de preços traz inúmeras vantagens à Administração, dentre elas, a possibilidade de fracionamento das aquisições, a redução de volume de estoques, a desnecessidade de dotação orçamentária, a padronização dos preços e a redução dos gastos públicos¹.

A ata de registro de preços tem validade de 1 (um) ano improrrogável. Dentro desse período, a Administração Pública poderá adquirir os bens licitados até a quantidade prevista no Edital.

¹ CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014, p. 483.

A lei faculta que um ente que não participou da licitação que deu origem à ata de registro de preço adira a esta ata, através do procedimento que a doutrina apelidou de “licitação carona”.

Sobre essa modalidade de licitação”, Marçal Justen Filho² (2010, p. 207) afirma que:

Em síntese, 'carona' consiste na contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo. De acordo com a prática, a única restrição admitida reside no limite de 100% do quantitativo máximo objeto do registro por entidade.

No caso em comento, verifica-se que o fato da SESAB ter aderido à ata de registro de preços, por si só, não representaria ato ilícito vez que, como demonstrado, trata-se de procedimento previsto em lei e reconhecido como legal pela doutrina e jurisprudência. O problema residiu no fato de que a adesão ocorreu em meio a várias irregularidades conforme demonstrado a seguir:

a) Ausência de Previsão Expressa no Edital para utilização de registro de preços pelos entes federativos

A Lei nº 10.191/2001, que foi utilizada como fundamento pelo Estado da Bahia para utilização da ata de registro de preços nº 189/2010, e para formalização do contrato nº 009/2012, dispõe sobre a aquisição de produtos para a implementação de ações de Saúde no âmbito do Ministério da Saúde.

O § 1º do art. 2º da supracitada lei, prevê a possibilidade do uso recíproco pelos entes federativos de ata de registro de preços. Vejamos:

Art. 2º - O Ministério da Saúde e os respectivos órgãos vinculados poderão utilizar reciprocamente os sistemas de registro de preços para compras de

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos, desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

§ 1º - Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, fundações e demais órgãos vinculados, **também** poderão utilizar-se dos registros de preços de que trata o *caput*, **desde que expressamente prevista esta possibilidade no edital de licitação.** (grifo nosso)

Tais dispositivos impõem, no entanto, dois requisitos para a possibilidade dessa utilização recíproca da ata de registro de preços. Primeiro, que se trate da aquisição materiais hospitalares, inseticidas, drogas, vacinas, insumos farmacêuticos, medicamentos e outros insumos estratégicos e, segundo; desde que prevista tal possibilidade no edital de licitação do registro de preços.

Verificamos a partir da leitura dos autos que tais requisitos não foram preenchidos no caso em comento vez que o objeto do contrato firmado a partir da adesão à ata de registro de preço consiste na contratação de empresa para o fornecimento de solução integrada de controle de ponto eletrônico e controle de acesso, incluindo, equipamentos, software com licença de uso, instalação, configuração, manutenção de equipamentos e treinamento e até onde os autos puderam evidenciar, não houve previsão no edital da referida ata autorizando a utilização recíproca por outros entes federativos, conforme demonstra o Edital nº 41, de 28 de fevereiro de 2011, acostado às fls. 279/362 dos autos.

Nesse sentido, importante ressaltar que o Administrador Público está submetido ao princípio da legalidade de forma diversa do particular. Enquanto a este é dado fazer tudo que a lei não proíbe, ao agente público, só é permitido fazer o que a lei permite. Por isso afirmar-se que o particular está submetido ao princípio da legalidade na vertente de não contrariedade à lei, enquanto o agente público está obrigado ao princípio da legalidade na vertente da subordinação à lei.

Nesse mesmo diapasão, já vaticinava o preclaro HELY LOPES MEIRELLES³, em seu sempre atual *Direito Administrativo Brasileiro*, que:

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 82.

Na Administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa pode fazer assim, para o administrador público significa deve fazer assim.

Extrai-se, pois, a ilação de que **o pilar de sustentação da atividade pública está corporificado no princípio da legalidade**, contemplado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, ao lado de outros postulados, de igual importância, que impõem, conjuntamente, a sujeição dos administradores públicos, em seus atos e condutas, à impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios estes válidos para todos os ramos da administração pública, direta ou indireta, não importando o nível de hierarquia dos agentes, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Este dever de observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, inserto, igualmente, no art. 4º da Lei 8.429/92, tem como base o postulado da legalidade, sustentáculo de todo o regime jurídico-administrativo e elemento indissociável do Direito, na sua aplicação e finalidade.

Forte ainda em FRITZ FLEIMER, ensina o mestre CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO que “o princípio da legalidade explicita a subordinação de atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da *indisponibilidade do interesse público*”.

Disso advém inúmeras consequências, inclusive de incorrer em ato ilegal o agente público que desobedece mandamento nos moldes previstos expressamente em diplomas normativos, como verifica-se no presente caso. Assim, resta-nos reconhecer a ilegalidade da adesão à ata de registro de preços, no caso que ora se analisa, tendo em vista que a norma invocada para tal utilização não se coaduna com o caso concreto por tratar de objeto diferente, e ainda, por não conter tal previsão no Edital da ata de preço conforme exigência prevista na legislação atinente ao tema.

b) Adesão à ata de registro de preço vencida

Não bastasse a irregularidade supracitada, os autos dão conta de que a contratação foi fundada em ata de registro de preço com prazo expirado. Conforme demonstrado pela Denunciante, a ata de registro de preços teve seu prazo expirado em 07 de fevereiro de 2012 e a assinatura do contrato só ocorreu 29 de fevereiro de 2012.

Conforme afirmado pela Denunciante (**fl. 04**): “[...] através de telefone e e-mail com o Setor de Contratos, do Ministério da Saúde, constatamos que esta Ata 189/2010 estava vencida, precisamente no dia 7 de fevereiro de 2012, e não foi renovada porque seus PREÇOS não eram mais interessantes para o Estado Federativo, o Setor de Contratos informou que o Ministério do Trabalho tinha outra Ata de Registro de Preço mais interessante financeiramente dentro das formalidades da Lei (detalhe – em vigor e não vencida)”.

O Decreto Estadual nº 9.457/05 dispõe no art. 19 que: “os contratos celebrados em decorrência do Regime de Preços estão sujeitos às regras previstas na Lei nº 9.433, de 1º de março de 2005, inclusive quanto aos prazos de vigência”.

Permitir que um contrato seja firmado com base em ata de registro de preço com prazo de vigência expirado representa “burla” ao prazo de vigência da ata estabelecido expressamente em lei, maculando definitivamente, o objetivo do legislador em estabelecer um período máximo para a utilização da referida ata, no intuito de impedir afronta ao princípio do procedimento licitatório. É que se uma ata de registro de preços pode ser utilizada por tempo indeterminado, inevitavelmente impedirá a ocorrência de diversos procedimentos licitatórios, violando inclusive, a isonomia e a livre concorrência.

Ainda que as tratativas e os procedimentos exigidos nos dispositivos que tratam sobre a adesão à ata de registro de preços, tenham sido realizadas antes da expiração do prazo de vigência da referida ata, tal situação não se mostra menos grave do que a anterior e por isso, também, não encontra respaldo legal. Permiti-la seria, do mesmo modo, inaceitável vez que permitiria à Administração realizar todas as tratativas necessárias à adesão à ata de registro de preços para garantir a sua utilização, firmando os contratos posteriormente, quando bem entenderem.

Esse também é o entendimento esposado pelo Ministério Público Estadual (fls. 137) quando afirma que: “Tal ilegalidade decorre do fato de que a expiração do prazo de validade da ata de registro esgota a possibilidade de seu aproveitamento – caso fosse este legal, o que não se dá na hipótese – e a subsequente assinatura de qualquer instrumento contratual com base na adesão precedente”.

Dada à importância do tema, no intuito de evitar burlas ao prazo de vigência da ata de preços e para garantir a idoneidade do procedimento, o Decreto nº 7.892/13, que revogou o Decreto nº 4.342/02, previu expressamente no seu art. 12, *caput* e § 4º:

Art. 12 – O prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações, conforme o inciso III do § 3º do art. 15 da Lei nº 8.666/93, de 1993.

[...]

§ 4º - Os contratos decorrentes do Sistema de Registro de Preços deverão ser assinados no prazo de validade da ata de registro de preços.

É justamente essa a situação que se depreende dos autos. A Administração Pública Estadual realizou todos os procedimentos exigidos no Decreto nº 3.931/01 (revogado pelo Decreto nº 7.892/13) para adesão à ata de registro de preços. No entanto, ao tempo da assinatura do contrato, a ata de preços já estava inválida, como já demonstrado, o que macula de ilegalidade todo o procedimento.

c) Contrato resultante da adesão à ata de registro de preço com assinatura retroativa para alcançar período de vigência da ata de registro de preço

Ciente do fato de que a irregularidade supracitada macularia a formação o contrato a ser firmado, desde a sua formação, o Estado da Bahia chegou ao absurdo de inserir na Cláusula Sexta, intitulada “Da Vigência” uma cláusula afirmando que o prazo de vigência

do contrato “retrooperava seus efeitos ao dia 06 (seis) de fevereiro de 2012”, o que consistiu, a nosso ver, numa tentativa dolosa e fraudulenta, de contornar a situação temporal ilegal que ora se apresentava.

Inicialmente, importa afirmar que ratificamos, na íntegra, o entendimento esposado pelo Ministério Público Estadual (fls. 135/139) no sentido de que este ato praticado no âmbito da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia, consistente em inserir cláusula contratual com retroação da data, resultou em ofensa em Princípios Constitucionais como os da legalidade, isonomia, impessoalidade, competitividade, livre iniciativa, bem como regras que dispõem sobre os procedimentos licitatórios e contratos no âmbito da Administração Pública.

Cumpre salientar que o fato de não haver norma autorizando expressamente a possibilidade de a Administração Pública inserir em contratos cláusulas retroagindo efeitos à data anterior à sua assinatura, por si só, já macularia o procedimento em virtude da já explicitada, subordinação à lei – vertente que assume o princípio da legalidade quando se trata da atuação de agentes públicos – decorrente do princípio da indisponibilidade do interesse público, basilar do Regime Jurídico Administrativo no que se refere às limitações impostas àqueles que devem atuar em prol da coletividade.

A despeito das irregularidades constatadas na formação do Contrato nº 009/2013, consta nos autos a existência Termos Aditivos, os quais indicam irregularidades no que se refere ao cumprimento dos prazos contratuais bem como alteração de valores acima daqueles previstos na ATR, conforme descrito a seguir.

Através do Termo Aditivo nº 049/2012 (fls. 84), houve a prolongação do contrato 009/2012 em mais 12 (doze) meses, contados entre 06 de maio de 2013 a 05 de maio de 2014. Por seu turno, o Termo Aditivo nº 162/2013 (fls. 86), aumentou o valor do contrato em R\$ 1.055.963,14 (um milhão, cinquenta e cinco mil e novecentos e sessenta e três reais e quatorze centavos). Este Termo Aditivo, como bem pontuado pela 2ª CCE, além de conter omissões de informações essenciais para a sua validade, introduziu objeto contratual de itens não previstos ou de quantidades superiores àquelas autorizadas pela ARP, conforme se verifica através da tabela contida no § único, da Cláusula Primeira do Termo, intitulada PREÇO.

Assim, a nosso ver, resta clara a ilegalidade do contrato nº 009/2012 e do Termo Aditivo nº 049/2012, firmados entre o Estado da Bahia e a Empresa Task Sistemas.

d) Da Nulidade do Contrato nº 009/2012 e do Termo Aditivo nº 049/2012

Conforme demonstrado, o ajuste em comento firmado entre a SESAB e a Empresa TASK Sistemas, encontra-se maculado pelo vício da ilegalidade desde a sua origem. Analisemos a natureza do referido ajuste e as consequências que lhes são inerentes.

Trata-se incontestavelmente, de um Contrato Administrativo. Sobre os Contratos Administrativos, leciona Maria Sylvia Zanella de Pietro⁴ (2006, p. 257) que são “ajustes que a Administração, nesta qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”.

No âmbito Estadual, os Contratos Administrativos são regidos pelas disposições contidas nos arts. 123 à 169 da Lei nº 9.433/2005, a qual prevê a aplicação supletiva das normas de direito privado a estes ajustes. É o que prevê o art. 123 da referida lei.

Art. 123 – Os Contratos Administrativos de que trata esta Lei regem-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Assim, em se tratando de contrato ilegal capaz de gerar sua nulidade, e considerando a omissão do diploma específico acerca do tema, recorreremos ao Código Civil 2002, em obediência ao quanto previsto no artigo supracitado.

Acerca dos negócios jurídicos, o Código Civil de 2002 prevê no art. 145 que, estes são anuláveis por dolo, quanto este for sua causa. Por seu turno, prevê o art. 166.

Art. 166 – É nulo o negócio jurídico quando:

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

- I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II – for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto;
- III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV – não revestir a forma prescrita em lei;
- V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
- VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;**
- VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

No caso em comento, restou claro que houve violação a dispositivos Constitucionais e Infraconstitucionais, o que resulta na ilegalidade do ajuste com consequente declaração de sua nulidade.

e) Da prática de Ato de Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA) define o ato de improbidade administrativa como todo aquele que, à custa da Administração Pública e do interesse da coletividade, *implica em enriquecimento ilícito do agente* (art. 9º), que *causa prejuízo ao erário* (art. 10) ou que *atenta contra os princípios da Administração Pública* (art. 11).

Nessa linha de ideias, perlustrando o caminho legal, fácil é compreender que a improbidade administrativa compreende atos distintos que possam gerar um enriquecimento ilícito, ou causar prejuízo ao erário ou, ainda, martirizar princípios norteadores do Poder Público.

Cotejando essas informações com o quanto previsto na Lei de Improbidade Administrativa, é possível concluir que o ato pode ser tipificado nas condutas descritas nos arts. 10 e 11 da referida lei.

Passemos à análise do art. 10 da LIA. Dispõe o referido artigo:

Constitui ato de improbidade administrativa que cause 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 art. 1º desta lei, notadamente: [...]

Conforme se depreende da leitura do dispositivo supracitado, o legislador infraconstitucional indicou expressamente a possibilidade de improbidade administrativa nos atos que causem dano ao erário, exigindo para a tipificação da conduta apenas a presença de culpa em sentido amplo (dolo ou culpa). Assim, aprioristicamente, qualquer conduta do agente público que resulte em dano ao erário, seja ela culposa ou dolosa, pode ser tipificada como conduta improbe, descrita no art. 10 da LIA.

Impende registrar todavia que, em que pese a literalidade da lei permita, por si só, a tipificação de improbidade administrativa nos casos de conduta culposa do agente que tenha resultado em dano ao erário, a doutrina e a jurisprudência tem defendido que esta nem sempre se configura como uma solução justa e razoável.

Para esta corrente, não seria apenas a conduta objetiva do agente que atuou com negligência, imprudência ou imperícia capaz de ensejar a tipificação do ato no art. 10 da LIA. Para esta tipificação seria necessária a existência de “culpa grave”, assim considerada como a conduta com um grau de reprovabilidade social equiparada ao dolo.

Defendendo essa ideia, Marcelo Figueiredo⁵, (2009, p. 96) afirma que:

Em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei, há ato de improbidade administrativa, e ‘tollitur quaestio’. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força de lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amolda-lo ao espírito constitucional.

⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*: Comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 96.

Ainda sobre a necessidade da existência de “culpa grave” como elemento subjetivo para caracterização da improbidade administrativa, Fábio Medina Osório aduz que:

A culpa grave pode fundamentar a responsabilização de Parlamentares, Magistrados e membros do Ministério Público que, no desempenho de suas atribuições, causem, injustificadamente, por manifesto e desproporcional despreparo funcional, lesão ao erário, violando os princípios básicos que regem a Administração Pública, v.g., moralidade e ilegalidade.

Em relação à prática de improbidade administrativa por violação aos princípios administrativos, faz-se necessária a leitura dos arts. 4º e 11 da LIA, os quais dispõem:

Art. 4º- Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, [...]

Extrai-se, pois, a ilação de que o pilar de sustentação da atividade pública está corporificado nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, contemplados no art. 37, *caput*, da Constituição da República ao lado de outros postulados, de igual importância, que impõem, conjuntamente, a sujeição dos agentes públicos, em seus atos e condutas, à impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios estes válidos para todos os ramos da administração pública, direta ou indireta, não importando o nível de hierarquia dos agentes, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Este dever de observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, inserto, igualmente, no art. 4º da Lei 8.429/92, tem como base o postulado da legalidade, sustentáculo de todo o regime jurídico-administrativo e elemento indissociável do Direito,

na sua aplicação e finalidade.

Insta salientar que também neste caso, doutrina e jurisprudência, entendem quase de forma uníssona, que faz-se necessária a demonstração do elemento subjetivo – dolo, para o enquadramento do ato de improbidade previsto no art. 11 da LIA.

Seguindo essa linha de orientação Wallace Paiva⁶ entende que, para a configuração de ato de improbidade administrativa *“importante é a relevância do elemento subjetivo da conduta.”*

Cuida-se do *elo de encadeamento lógico entre a vontade, a conduta e o resultado prejudicial, com a conseqüente demonstração da culpabilidade*, como realçado por EMERSON GARCIA⁷, em obra dedicada ao tema.

Não se ignore, a propósito do tema, que a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é exatamente no sentido de reconhecer a imprescindibilidade de prova do elemento subjetivo para a concretização do ato de improbidade administrativa. Nessa esteira, confira-se: STJ, Ac.1ªT., Resp.751.634/MG, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.26.6.07, DJ2.8.07 e STJ, Ac.2ªT., AgRegREsp.479.812/SP, rel. Min. Humberto Martins, j.2.8.07, DJ 14.8.07. E mais o julgado STJ, Ac.2ªT., REsp658.415/RS, rel. Min. Eliana Calmon, onde restou assentado: *“não há espaço para a responsabilidade objetiva, sendo necessária a prova do dolo ou culpa”* em matéria de improbidade administrativa.

Sintetizando essa linha de pensamento, vale a pena invocar aresto da Corte Superior que explicita a necessidade de prova do elemento subjetivo para a configuração da improbidade administrativa. Veja-se:

Administrativo. Responsabilidade do prefeito. Contratação de pessoal sem concurso público. Ausência de prejuízo. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, **mas inabilidade do**

⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva, Probidade Administrativa, São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2006, p. 205.

⁷ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª ed., 2008, p. 267.

administrador, não cabem as punições previstas na Lei n.8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido.

(STJ, Ac.1ªT., REsp.213.994/MG, rel. Min. Garcia Vieira, j.17.8.99)

Matheus Carvalho (2014, p. 899-900) chama à atenção para o tema quando afirma:

[...] em interpretação jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça definiu que apenas os atos de improbidade que causem dano ao erário (art. 10) podem ser sancionados a título de dolo ou culpa, sendo os demais atos de improbidade sancionados somente se comprovada a má-fé do agente, ou seja, a atuação dolosa do agente.

Enfim, como vem entendendo a jurisprudência, “no caso específico do art. 11, LIA, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (STJ, Ac.1ªT., REsp.480.387-SP, rel. Min. Luiz Fux, DJU 24.5.2004, p.163).

Isto porque, numa interpretação sistemática do texto legal, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os atos culposos estão previstos expressamente na lei. Isso quer dizer que quando a norma é omissa, só caberá punição quando a conduta for dolosa.

Volvendo aos autos, a contratação, como já apontado, foi fundada em ata de registro de preço com prazo expirado. Cientes de que esta irregularidade macularia o contrato na origem, os agentes públicos responsáveis pela contratação, incluíram uma não termo de contrato a Cláusula Sexta, intitulada “Da Vigência” a qual afirma que o prazo de vigência do contrato “retrooperava seus efeitos ao dia 06 (seis) de fevereiro de 2012”.

A nosso ver, tal ato demonstra de forma inequívoca, uma conduta dolosa destes agentes. Desta forma, cotejando as informações contidas nos autos com o quanto previsto na Lei de Improbidade Administrativa, entendemos que o ato pode ser tipificado nas condutas descritas nos arts. 10 e 11 da referida lei de Improbidade Administrativa.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Ministério Público de Contas **OPINA:**

a) pela **admissibilidade** e no mérito, pela **procedência** da presente Denúncia a fim de que seja **declarada a nulidade do Contrato nº. 009/2012 e do Termo Aditivo nº 049/2012**, firmado entre o Estado da Bahia, através da Secretaria da Saúde e a Empresa Task Sistemas de Computação S/A;

b) pela existência de prática de **Ato de Improbidade Administrativa** pelo titular da pasta da Saúde do Executivo Estadual à época, **Sr. Jorge José Santos Pereira Solla**, tendo em vista que as condutas aqui descritas se enquadram naquelas tipificadas nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa;

c) pela **aplicação da multa** com fundamento no art. 35, incisos II e III da Lei Orgânica deste Tribunal (LC 005/91), ao Sr. Jorge José Santos Pereira Solla, tendo em vista a gravidade das irregularidades praticadas no âmbito deste contrato;

d) pela **determinação**, por parte deste Tribunal, de deflagração de novo procedimento licitatório, dado o caráter de continuidade inerente ao objeto do Contrato;

e) pela **determinação**, por parte deste Tribunal, ao Estado da Bahia, para que este se abstenha de realizar adesão à ata de registro de preços bem como quaisquer outros procedimentos licitatórios sem observância das normas atinentes ao tema, sob pena de ser considerado Reincidente, nos moldes previstos na legislação desta Corte de Contas;

É o parecer.

Salvador, 27 de março de 2015.

MARCEL SIQUEIRA SANTOS
Procurador do Ministério Público de Contas