

**Decisão 00311/2020-2 - 1ª Câmara**

Produzido em fase anterior ao julgamento

**Processo:** 00761/2018-5**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação**UG:** PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes**Relator:** Rodrigo Coelho do Carmo**Representante:** FRANCISCO PEREIRA BRANDAO**Responsável:** ROBERTINO BATISTA DA SILVA**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –  
REPRESENTAÇÃO – CONTRATAÇÃO PELA  
ADMINISTRAÇÃO COM SERVIDOR PÚBLICO –  
REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL –  
CIENTIFICAR****O EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR RODRIGO COELHO DO CARMO:****I - RELATÓRIO**

Cuidam os autos de Representação, encaminhada por cidadão, de cujo teor se extrai o relato acerca supostas irregularidades no Contrato Administrativo nº 257/2017, firmado pela Prefeitura Municipal de Marataízes, que tem como objeto a locação de imóvel para o funcionamento de uma extensão do Centro Municipal de Educação Infantil Dona Lili Brumana, em atendimento à solicitação da Secretaria Municipal de Educação.

Em fase preliminar, foram os autos à SecexMeios, que por meio da Manifestação Técnica 97/2018, sugeriu a realização de diligência para a instrução do feito, o que foi acolhido pelo Relator à época por ocasião da Decisão Monocrática 522/2018.

Notificado do Termo de Comunicação de Diligência 92/2018, o responsável compareceu aos autos trazendo a documentação requerida.

Após, retornaram os autos para a continuidade da análise técnica, elaborada Instrução Técnica Inicial ITI 427/2018, propondo a citação da Sra. Maria da Penha da Silva Louback (Secretária de Educação) e Sra. Ana Paula Freire Mezher Cruz (servidora efetiva do Município de Maratáizes) para apresentar justificativas/documentos acerca da irregularidade indicada.

Ato contínuo, elaborou-se a Manifestação Técnica 661/2018, cuja proposta de encaminhamento foi pela improcedência da representação, seguida de seu arquivamento.

Diante da divergência entre os posicionamentos técnicos, os autos foram remetidos para o órgão ministerial para manifestação, o que se deu por meio do Parecer 173/2020, da lavra do Procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira, que, amparado em novas informações, divergiu da MT 661/2018 e parcialmente da ITI 427/2018, pugnando pelo retorno dos autos à área técnica para a análise dos referidos apontamentos de irregularidade contidos no Contrato de Locação em questão, seguido da reabertura da instrução, incluindo-se os demais proprietários do imóvel locado entre os responsáveis e a consequente citação destes.

Os autos vieram, então, a este Gabinete para a continuidade do feito. É o que importa relatar.

## **II – FUNDAMENTAÇÃO**

### **2.1. Do contrato de aluguel firmado indevidamente entre a Administração e servidora legalmente impedida.**

*Base legal: art. 9º, III da Lei 8666/93 c/c art. 198, XIII da Lei Municipal nº 53/1997.*

A irregularidade trazida ao conhecimento desta Corte de Contas por meio da Representação epigrafada reside na contratação de imóvel (Contrato de Locação de Imóvel nº 257/2017 – Processo Administrativo nº 010600/2017) para o

ss/rc

funcionamento de extensão do Centro Municipal de Educação Infantil – CMEI Dona Lili Brumana, firmado pela Prefeitura de Marataízes com os Srs. Antônio Jorge Freire Mezher, Ana Paula Freire Mezher Cruz e Ana Claudia Freire Mezher, no valor global de R\$ 268.000,00, pelo período de 40 meses, entre 01/09/2017 a 31/12/2020.

Ocorre que, como dito, a ilegalidade recai sobre o impedimento legal da Administração Municipal contratar com servidor com tenha vínculo --- insculpido no art. 9º da Lei 8.666/93 e art. 198 da Lei Municipal 53/97 ---, como se daria no caso em tela, em que a Sra. Ana Paula Freire Mezher Cruz, uma das proprietárias do imóvel locado, possui vínculo efetivo junto ao Município, onde exerce o cargo de médica gastroenterologista, com lotação na atenção básica do Fundo Municipal de Saúde.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

(...)

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Art. 198 Ao servidor público é proibido:

(...)

XVIII - participar, na qualidade de proprietário, sócio ou administrador, de empresa fornecedora de bens e serviços, executora de obras ou que realize qualquer modalidade de contrato, de ajuste ou compromisso com o Município; (Inciso renumerado pela Lei Complementar n. 1719/2014).

O primeiro entendimento técnico, como dito, foi no sentido de sugerir a citação da Sra. Maria da Penha da Silva Louback (Secretária de Educação) e Sra. Ana Paula Freire Mezher Cruz (servidora efetiva do Município de Marataízes) para apresentar justificativas/documentos acerca da irregularidade indicada.

Ato contínuo, em discordância com o primeiro posicionamento, elaborou-se a MT 661/2018, no sentido de que a contratação, por dispensa de licitação, se amparou na urgência da medida, com vistas à satisfação do interesse público que exsurge do direito à educação, bem como no argumento de que, diante do conflito de normas verificado entre a vedação à contratação com servidor público e a promoção da educação e do desenvolvimento da pessoa, sobrepõe-se este último, de forma que aquele se apresentaria “mais como um entrave burocrático ao direito à educação do

ss/rc

que à moralidade e impessoalidade”. Assim, opina pela improcedência da representação.

Por outro lado, o opinamento ministerial traz à tona elementos que se revelam robustos o suficiente para demandar uma análise mais acurada dos fatos submetidos à apreciação desta Corte por meio da presente representação.

Isso, porque o representante do MPC, em seu parecer, argumentou que a relativização do óbice legal à contratação com servidor não encontraria amparo, ainda que diante da alegada preponderância do direito à educação, uma vez que tal interesse público não legitima o cometimento de atos ilegais. Ainda, que o aludido impedimento se mostra imprescindível para assegurar a lisura da licitação/contratação administrativa, além de se reportar ao princípio da moralidade. Diante disso, concluindo pela impossibilidade de contratação da Sra. Ana Paula Freire Mezher Cruz com o Município de Marataízes, entende o corpo ministerial desta Corte pela caracterização da irregularidade.

Em prosseguimento à análise promovida pelo corpo ministerial, apontou-se para a ocorrência de outra irregularidade não verificada inicialmente quando da instrução processual, que teria emergido da verificação de **ofensa ao caráter competitivo do certame, decorrente da contratação por dispensa de licitação**, em inobservância ao art. 37, XXI da CF/88<sup>1</sup> c/c art. 3º, §1º, I da Lei n. 8.666/93<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>2</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

ss/rc

A alegação se pauta no argumento de que a locação do imóvel que ora se discute, realizada por meio de contrato, com dispensa de licitação --- processo administrativo 010600/2017 (Dispensa 000043/2017 – Peça Complementar 12099/2018-2), embora inicialmente se acomode à hipótese legal prevista no art. 24, X da Lei 8.666/93, na verdade, teria ocorrido com vício em sua iniciativa, eis que deflagrado a partir de proposta encaminhada pelos contratados/proprietários do bem ao ente municipal, formulada em 16/03/2017, o que demonstraria que o processo de contratação teria nascido de interesse privado.

Além disso, suscitou que, em análise da proposta de contratação com o Projeto Básico 027/2017, teria sido verificado que este instrumento, que constitui impulso inicial do procedimento licitatório, foi elaborado apenas em 26/05/2017, ou seja, aproximadamente dois meses após o envio da proposta de locação pelos próprios contratados/proprietários do imóvel, ocorrido em 16/03/2017, concluindo pela evidenciação de que a iniciativa da Administração teria sido posterior à provocação dos interessados.

Ademais, salienta o Representante do órgão ministerial que a própria Procuradoria Geral do Município teria alertado em seu parecer jurídico sobre o caráter ilegal e ilegítimo do procedimento licitatório ter tido início com o requerimento do particular que viria a ser contratado.

Somado a isso, ventila, ainda, que a duração da vigência do contrato seria injustificadamente superior à necessidade, posto que a previsão para o fim das obras de reparo no prédio da sede própria do CMEI Dona Lili Brumana seria o final de 2018, enquanto o termo do contrato estabelecido para 31/12/2020, portanto, mais de 24 meses após a previsão para o término das obras, o que poderia trazer dano injustificado ao erário municipal no importe de R\$ 160.800,00, por ocasião da duração da vigência do contrato em período superior ao necessário para a conclusão da obra do CMEI. Registrou-se, também, o regular recebimento dos valores referentes ao contrato administrativo 257/2017 pela Sra. Ana Paula Freire Mezher Cruz no período entre 01/01/2017 e 06/08/2019, conforme informações extraídas do Portal de Transparência municipal.

ss/rc

Assim, considerando a relevância dos argumentos postos pelo órgão ministerial e, portanto, em adesão a sua proposição, entendo pela necessidade de reabertura da instrução processual, com vistas à análise pela unidade técnica dos novos elementos suscitados por ocasião do Parecer Ministerial.

A providência se apresenta como apropriada e imperiosa para que se alcance a desejada verdade material, que constitui princípio segundo o qual a apuração dos fatos deve buscar a máxima aproximação com a realidade e com o interesse público tutelado, bem como vislumbrando assegurar aos responsáveis o pleno e irrestrito exercício das garantias constitucionais ao contraditório e da ampla defesa.

Sendo assim, impõe-se a postergação da emissão do enfrentamento do mérito a ser proferida nestes autos para quando concluída a nova instrução supra proposta, mediante à conclusão de medidas em perseguição de um julgamento pautado na verdade real, adstrita aos anseios constitucionais do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa.

### III – CONCLUSÃO

Por fim, **divergindo do entendimento técnico e acompanhando o posicionamento ministerial**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minura de Acórdão que submeto à sua consideração.

**RODRIGO COELHO DO CARMO**

**Conselheiro Relator**

#### 1. DECISÃO TC-0311/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

ss/rc

**1.1. DETERMINAR a reabertura da instrução processual**, amparada no art. 288, VI c/c art. 321, §1º do RITCEES, com o consequente retorno dos autos à área técnica para a elaboração de nova Instrução Técnica Inicial, tendo em vista a identificação, quando do Parecer do Ministério Público de Contas 173/2020, de irregularidade caracterizada pela violação ao caráter competitivo, por meio de dispensa de licitação;

**1.2. CIENTIFICAR** os interessados da presente decisão;

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 12/02/2020 - 3ª Sessão Ordinária da 1ª Câmara.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator) e Sebastião Carlos Ranna de Macedo.

**5.** Membro do Ministério Público Especial de Contas: Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

**Presidente**

ss/rc