



## Acórdão 00617/2020-8 - 2ª Câmara

**Processo:** 08387/2018-3

**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Representação

**UG:** PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

**Relator:** Domingos Augusto Taufner

**Interessado:** DIOGO WAGNER, DANIELA SICKERT BARCELOS, BARBARA PEDRINI LORENCONI

**Representante:** JACIRO MARVILA BATISTA

**Responsável:** MIGUEL ANGELO LIMA QUALHANO, AGR CONSTRUÇOES EIRELI

**Procuradores:** BRUNO ROBERTO DE CARVALHO GOMES (OAB: 16673-ES)

**REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE  
PRESIDENTE KENNEDY – CONCORRÊNCIA  
PÚBLICA Nº 008/2017 – REJEITAR PRELIMINAR  
DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – MANTER  
IRREGULARIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL –  
DETERMINAÇÕES – ARQUIVAR.**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:**

### RELATÓRIO

Tratam os autos de representação formulada por pessoa física (Petição Inicial 00333/2018-7) com pedido de cautelar em face da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy, relatando supostas irregularidades na execução do Contrato nº 162/2018, Concorrência Pública 008/2017, que tem como objeto a “contratação de empresa para execução de obras de infraestrutura básica (saneamento básico) da localidade de Marobá, com a implantação das redes de distribuição de água potável, de captação do esgoto doméstico e de drenagem pluvial”.

Autuado o processo (Termo de Autuação 08387/2018-8), o Conselheiro Relator decidiu (Decisão Monocrática 01718/2018-5, peça 08) notificar o Secretário Municipal de Obras e alguns profissionais servidores da Prefeitura para apresentarem as justificativas e os documentos que julgassem necessários. Os representantes foram notificados, bem como foi apresentada a Defesa/Justificativa 01453/2018-9 e documentos correspondentes.

Dessa forma, os autos foram encaminhados a SecexEngenharia para manifestação técnica.

Acolhendo a sugestão apresentada na Manifestação Técnica 01741/2018-4, a Segunda Câmara decidiu, seguindo o voto do Relator, pela oitiva dos responsáveis e **indeferir** o pedido de medida cautelar.

Sendo assim, retornam os autos a SecexEngenharia que elaborou a Manifestação Técnica 2.641/2019-1 e posterior Instrução Técnica Inicial 246/2019-1, opinando pela citação dos responsáveis.

Devidamente citados pela Decisão SEGEX 242/2019 os responsáveis apresentaram contrarrazões nas Defesas/Justificativas 671/2019-9 e 673/2019-8 e peças complementares.

Ato contínuo, a SecexEngenharia através da ITC 2726/2019-1 opinou pela aplicação de multa ao Secretário de obras do município e à empresa contratada, em virtude da manutenção da irregularidade referente a atraso na entrega da garantia contratual (modalidade de garantia irregular).

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, por intermédio do Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva anuiu à manifestação da área técnica, conforme o Parecer nº 00127/2020-8.

É o relatório. Passo a fundamentar.

## FUNDAMENTAÇÃO

Pois bem. Tendo em vista a análise realizada pela equipe desta Corte após o exame das justificativas encaminhadas pelos responsáveis, acompanho as manifestações técnica e ministerial abaixo descrito, relativos aos itens 2.2 – Adiantamento de pagamentos por serviços não executados e 2.3 – Pagamento em desacordo com o cronograma físico-financeiro da obra, pelo seu não conhecimento, uma vez que não apresentaram elementos de convicção, nos termos da Decisão 03296/2018.

Adotarei, para tanto, a numeração apresentada na Manifestação técnica 1741/2018.

### **2.2 – Adiantamento de pagamentos por serviços não executados**

O representante alegou que a empresa contratada se beneficiou com pagamentos antecipados realizados pela Administração, pois, seria inviável que à época da 1ª medição, atestados pela fiscalização, a empresa já estivesse toda mobilizada, e ainda já contasse com toda a estrutura de equipamentos e mão de obra necessários à execução dos serviços, embora constasse no Diário de Obras que os serviços teriam sido realizados antes mesmo da contratação da mão de obra.

Após análise das justificativas encaminhadas, a equipe técnica alega o seguinte:

Com relação às alegações do representante de adiantamentos de pagamentos por serviços não executados, embora tenham sido levantados indícios de incoerência entre o valor da primeira medição e o tempo transcorrido de execução da obra, tais elementos não são suficientes para confirmar o indício de irregularidade aventado.

Não há comprovação fática de que os serviços pagos na primeira medição não tenham sido executados à época. A demonstração poderia ter sido realizada com registros fotográficos demonstrando que ao final do período da primeira medição, não teriam sido executados os serviços pagos.

Os argumentos levantados apontam para algumas possibilidades de irregularidade, como a própria antecipação de pagamentos e a execução de serviços anterior à contratação. Contudo, faz-se necessário avaliar diversos aspectos, como a estrutura da empresa para execução da obra, se ela já teria adquirido antecipadamente parte dos materiais ou mesmo se já tinha esses materiais em estoque, se há contratação de terceiros para auxiliar a execução dos serviços, entre outros, como alegado pelos representados.

O procedimento adequado para constatação de indícios de quantitativos de serviços não executados é a confrontação da planilha de medição desses serviços com aqueles efetivamente constatados durante a realização de vistoria na obra. Outros elementos podem ser considerados subsidiários a este, mas não suprem a necessidade de se verificar in loco se, de fato, os serviços foram ou não executados.

Sendo assim, em análise célere ao processo, verifica-se que os elementos trazidos aos autos não são suficientes para se concluir pelo suposto adiantamento do pagamento por serviços não executados.

Especificamente sobre a administração local e sua forma de pagamento, esta deve ser paga proporcionalmente ao valor financeiro executado, conforme justificaram os representados.

No que se refere às alegações de que os profissionais previstos para este item não estariam alocados na obra para a 1ª medição, os representados não apresentaram esclarecimentos na Defesa/Justificativa 01453/2018-9. Como se trata de mão de obra constante da planilha orçamentária é imprescindível a comprovação de que estes estão trabalhando no canteiro e de que têm a qualificação requerida, conforme previsão da planilha orçamentária.

Verifica-se, todavia, que foram anexados contratos de terceiros da empresa executora da obra com profissionais, possivelmente para atender a Administração Local (peça 18, fls. 41 a 58). Embora tais documentos de contratações não demonstrem que estes profissionais estejam alocados para a obra objeto da representação, por não terem descrição específica do local de atuação, o diário de obras (peça 17, fl. 48 a 72) e atas de reunião (peça 18, fl. 125) indicam a participação destes no presente contrato.

Assim, os indícios levantados na representação não se mostram suficientes para o conhecimento deste ponto.

Cumpra observar que a fiscalização deve se atentar para a qualificação e atuação requerida destes profissionais, compatíveis com a planilha orçamentária, bem como deve autorizar expressamente a subcontratação desses profissionais (Cláusula 6.1.24 do Contrato), devendo fazer parte do memorial de medição a comprovação de atuação destes conforme requerido (art. 62 e art. 63 da Lei 4320/64).

Deste modo, considerando o exposto e a análise perfunctória dos autos, os elementos trazidos aos autos não são suficientes para convencer quanto à suposta irregularidade aventada, **razão pela qual opina-se pelo não conhecimento do presente indício de irregularidade. (Grifo nosso)**

### **2.3 – Pagamento em desacordo com o cronograma físico-financeiro da obra**

Alega o representante que embora a empresa AGR tenha apresentado cronograma físico-financeiro no ato da licitação, no qual constava que a parcela referente ao primeiro mês da execução dos serviços seria de R\$105.628,07, foram pagos e atestados o valor de R\$943.631,34.

A equipe técnica informou que, embora os responsáveis não tenham apresentados justificativos específicos, voltados para este apontamento, as alegações do item anterior demonstram que a empresa vinham buscando antecipar o cronograma da obra, e conclui que:

(...) Se a empresa extrapolou o programado executando adequadamente os serviços contratados, não se verifica nenhuma possível irregularidade em tal conduta, sendo necessário apenas que a fiscalização esteja atenta às possibilidades de jogo de cronograma ou de jogo de planilha, que podem interferir negativamente no contrato em tela.

Por outro lado, na possibilidade de terem sido realizados adiantamentos de pagamentos à empresa por serviços não executados, o que pode ter ocasionado o aumento do valor do cronograma físico-financeiro, está a se falar da mesma irregularidade tratada no subitem 2.2, “adiantamento de pagamentos por serviços não executados” e, portanto, caso mantido este item pode ocorrer a repetição do apontamento da irregularidade sobre um mesmo fato (bis in idem).

**Deste modo, em razão da análise aqui exposta, propõe-se o não conhecimento desta suposta irregularidade. (Grifo nosso)**

Finalmente, passo à análise do item 2.1 descrito na Instrução Técnica Conclusiva 2726/2019, tendo em vista que quanto a este item a equipe técnica sugeriu a manutenção da irregularidade e aplicação de multa.

**2.1 – Atraso na entrega da garantia contratual (Modalidade de Garantia irregular) – Responsáveis:** Sr. Miguel Ângelo Lima Qualhano – Secretário municipal de obras e AGR Construções Eireli – EPP (Empresa contratada)

Alega o representante que a empresa contratada apresentou como garantia do contrato “Carta Fiança”, modalidade de garantia que não tem previsão na Lei 8666/93.

Além de oferecer modalidade de garantia não prevista em Lei, o representante informa que a empresa vencedora do certame apresentou a referida garantia fora do prazo contratual, pois havia previsão de que o comprovante de prestação da garantia deveria ser apresentado 10 (dez) dias após a assinatura do contrato, sob pena de decair do direito à contratação, devendo encaminhá-lo à tesouraria do município, sendo que a ordem de serviço só seria emitida após tal comprovação.

Ocorre que o Contrato foi assinado em 25/07/2018 e a empresa deveria apresentar a garantia até o dia 03/08/2018, o que foi feito somente no dia 17/08/2018, levando a crer que a obra se iniciou sem cobertura de garantia.

Preliminarmente, o Secretário de obras alega sua ilegitimidade passiva para responder sobre esta irregularidade, uma vez que a garantia deveria ser apresentada à Tesouraria do município, o que a área técnica rechaça de pronto, considerando que a responsabilidade por receber a garantia deveria ser da Secretaria de Obras e não vislumbra a possibilidade de chamar o Secretário municipal de Fazenda ao processo. **Acompanho o opinamento técnico** por rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e manter a responsabilização do Secretário de obras, Sr. Miguel Ângelo Lima Qualhano

No tocante ao mérito, a equipe técnica informa que em pesquisa ao site da instituição bancária que emitiu a carta fiança, a mensagem que aparecia era “carta inexistente”, além de não conseguirem contato telefônico com a instituição.

Em análise às justificativas apresentadas pelos responsáveis, a equipe técnica informa que são frágeis. Todavia, percebo que consta a informação de que tão logo a empresa contratada tenha tomado conhecimento de que o Tribunal de Contas não estava conseguindo contato com instituição bancária, tratou de diligenciar junto a esta, e recebeu a seguinte resposta via e-mail:

Declaração: P.B. INVESTMENT EMPRESARIAL S/A – PROFIT BANK, inscrita no CNPJMF sob o nº 07.376.572/0001-19, com endereço à Avenida Rio Verde, Qd. 97 L. 414A, slnº Sala 1706, Edifício E - Business - Vila São Tomaz - Aparecida de Goiânia/GO - CEP: 74.915-515, declara que a Carta de Fiança no 6572/2018- N AGR / PMPKENNEDY, de R\$ 499.887,68, com vigência de 25/07/2018 a 21/01/2020, **não estava no site [www.profitbank.com.br](http://www.profitbank.com.br) no momento da consulta por erro no sistema, assim que nos foi informado da inexistência da Carta no site, corrigimos o erro imediatamente.**

A equipe técnica sugere a aplicação de multa aos responsáveis em função de apresentação de garantia que não consta no rol das modalidades previstas no artigo 56 da lei 8666/93, quais sejam: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária, sendo que este rol é exaustivo.

Reconheço que a Administração errou ao apresentar um tipo de garantia que não possui previsão legal. Por outro lado, não vislumbro a presença de má fé, quer seja por parte do agente público, quer seja por parte da empresa contratada.

Pelo contrário, observo que a empresa tratou de adiantar os serviços, não foi levantada a hipótese de dano ao erário e em pesquisa ao site da Prefeitura municipal de Presidente Kennedy, consta que a licitação está encerrada, não havendo qualquer menção à não execução contratual.

Todavia, apesar das atenuantes acima pontuadas, o fato de a garantia ter sido apresentada 14 dias após a celebração do contrato e início da execução dos serviços, deixou a obra desprotegida, do ponto de vista das garantias contratuais. Caso ocorresse algum fato imprevisto, que demandasse o acionamento do banco garantidor seria uma possibilidade inexistente, o que poderia causar danos à administração, motivo pelo qual acompanhamento área técnica e Ministério Público de Contas pela manutenção da irregularidade, porém, sem a aplicação da multa sugerida, uma vez que não houve prejuízo à execução da obra ou ao erário. Porém, expedindo determinação ao município de Presidente Kennedy para que se atente ao correto prazo de entrega da garantia contratual, bem como estabeleça em seus editais e contratos administrativos as garantias previstas na legislação que rege as licitações públicas.

Ante todo o exposto, **divirjo parcialmente do entendimento da Área Técnica e Ministério Público de Contas**, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

**DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER**  
Relator

## **1. ACÓRDÃO:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

**1.1.** Rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva;

**1.2.** Considerar parcialmente procedente a Representação;

**1.3.** Não acolher as razões de justificativas do **Sr. Miguel Ângelo Lima Qualhano** e da **Empresa AGR Construções EIRELI**, com relação ao item **2.1** da ITC 2726/2019 – **Atraso na entrega da garantia contratual (Modalidade de Garantia irregular)**, deixando de aplicar multa aos responsáveis.

**1.4.** Determinar à Prefeitura municipal de Presidente Kennedy que:

**1.4.1.** Se atente ao correto prazo de entrega da garantia de execução contratual;

**1.4.2.** Estabeleça em seus editais e contratos administrativos as garantias previstas na lei de Licitações, sabendo que este rol é exaustivo.

**1.5.** Dar **ciência** aos interessados;

**1.6.** Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

**2.** Unânime.

**3.** Data da Sessão: 24/07/2020 – 13ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

**Presidente**

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Relator**



CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Em substituição ao procurador-geral**

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

**Secretária-adjunta das Sessões**