



Acórdão 00733/2020-1 - 2ª Câmara

Processo: 05622/2018-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Auditoria

UG: PMPK - Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy

Relator: Domingos Augusto Taufner

Responsável: LEANDRO DA COSTA RAINHA, EDILENE PAZ DOS SANTOS, DINALVA SILVA CORDEIRO, ELICON CONSTRUTORA LTDA, MIGUEL ANGELO LIMA QUALHANO, RUY CANDIDO ATHAYDE, CONSTRUTORA GOUVEA LTDA, BRUNO ROBERTO DE CARVALHO GOMES

Procuradores: ADEMAR CIRILO ALTOE JUNIOR (OAB: 31363-ES), BRUNO ROBERTO DE CARVALHO GOMES (OAB: 16673-ES)

**AUDITORIA – PREFEITURA MUNICIPAL DE
PRESIDENTE KENNEDY – ACOLHER RAZÕES DE
JUSTIFICATIVAS – ARQUIVAR.**

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Tratam os autos de Auditoria, aprovada pelo PAF 2018, realizada no município de Presidente Kennedy a fim de verificar a regularidade da execução dos contratos de engenharia nº. 288/2016, 353/2017 e 79/2017.

Realizada a auditoria, a Secex-Engenharia elaborou o Relatório de Auditoria 25/2018-4, e a Instrução Técnica Inicial 750/2018-1, opinando pela citação dos responsáveis para apresentarem suas alegações de defesa, bem como documentos que entenderem

necessários, e/ou recolham as importâncias devidas, ante aos achados de auditoria encontrados, conforme segue:

A1 (Q2) – Pagamento/Recebimento por serviços indevidamente incluídos em aditivo ao Contrato nº. 288/2016

Ressarcimento: R\$ 106.474,32, correspondente a 36.045,34 VRTE

Responsáveis: Ruy Candido Athayde – Engenheiro Fiscal do Contrato

Miguel Angelo Lima Qualhano – Secretário Municipal de Obras 22/12/2017
(gestor a época dos fatos)

Elicon Construtora LTDA. – Empresa contrata para execução do Contrato.

A4 (Q3) – Celebração de Contrato sem a prestação da garantia adicional estipulada pelo §2º do artigo 48 da Lei nº. 8.666/93

Responsáveis: Bruno Roberto de Carvalho – Presidente da CPL (24/9/2017)
Dinalva Silva Cordeiro – Membro permanente da CPL (25/07/2017)
Edilene Paz dos Santos – Membro permanente da CPL (25/07/2017)
Leandro da Costa Rainha – Secretário Municipal de Assistência Social (13/12/2017)

A5 (Q2) – Pagamento/Recebimento por serviços não executados

Ressarcimento: R\$ 66.243,74, correspondente a 24.652,50 VRTE

Responsáveis: Miguel Angelo Lima Qualhano – Secretário de Obras (18/02/2013)

Ruy Candido Athayde – Fiscal do Contrato (14/05/2013)

Construtora Gouvea LTDA – Empresa Contratada para execução do Contrato

Devidamente citados, os responsáveis apresentaram suas justificativas as quais foram juntadas aos autos (doc. 43 a 59).

Ante as justificativas apresentadas os autos foram encaminhados à Secex-Engenharia, e posteriormente Núcleo de Controle Externo de Edificações – NED, onde fora elaborada a Instrução Técnica Conclusiva – ITC 809/2020-9, opinando para que seja determinado à Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy para que não realize aditivos contratuais para serviços de administração local, exceto para situações realmente não previsíveis e devidamente justificadas, bem como inclusão, em seu projeto básico, de análise orçamentária da Administração Local da obra adequada e suficiente e posteriormente o arquivamento dos autos tendo em vista que foram acolhidas as razões de justificativas apresentadas pelos defendentes, e não foi apurada transgressão à norma legal ou regulamentar, vejamos:

1 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Sugere-se determinação à Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy para que não realize aditivos contratuais para serviços de administração local, exceto para situações realmente não previsíveis e devidamente justificadas, bem como inclusão, em seu projeto básico, de análise orçamentária da Administração Local da obra adequada e suficiente.

Após, sugere-se ao eminente Conselheiro Relator conforme art. 207 III, § 3º do RITCES o ARQUIVAMENTO do processo uma vez que foram acolhidas as razões de justificativas apresentadas pelos defendentes, e não foi apurada transgressão à norma legal ou regulamentar.

Seguindo os trâmites regimentais, os autos foram remetidos ao Ministério Público de Contas, o qual por meio do Parecer 1286/2020-1, de lavra do Procurador Luciano Vieira divergindo da equipe técnica pugna por:

Ante todo o exposto, ante à prática de grave infração à norma legal, pugna o Ministério Público de Contas:

- 1 – com espeque no art. 135, inciso II, da LC n. 621/2012, seja cominada multa pecuniária a Ruy Candido Athayde e Miguel Angelo Lima Qualhano;
- 2 – nos termos do art. 207, inciso IV, do RITCEES, seja expedida a determinação proposta pela unidade técnica às fls. 35 do ITC 00809/2020-9;
- 3 – seja resolvido o processo com resolução de mérito em face de Bruno Roberto de Carvalho, Dinalva Silva Cordeiro, Edilene Paz dos Santos, Leandro da Costa Rainha e Construtora Gouvea Ltda., com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC c/c art. 70 da LC n. 621/12 e art. 207, inciso III, do RITCEES; e
- 4 – pela extinção do feito sem resolução de mérito em relação a empresa Elicon Construtora Ltda. EPP, por ilegitimidade passiva ad causam, na forma do art. 485, inciso VI, do CPC c/c art. 70 da LC n. 621/2012.

É o relatório, passo a fundamentar.

FUNDAMENTAÇÃO

A presente auditoria teve início em cumprimento do Planejamento Anual de Fiscalização - PAF 2018, na área de interesse "Engenharia e Obras", com objetivo de "Auditar obras em execução de forma a verificar a aderência aos projetos, cronograma de execução e orçamento, produzindo relatórios parciais com recomendações de aprimoramento da gestão e relatório final de avaliação".

Assim, fora realizada a auditoria realizada no município de Presidente Kennedy a fim de verificar a regularidade da execução dos contratos 288/2016, 353/2017 e 79/2017.

Conforme dito, a equipe de auditoria verificou a existência de indícios de irregularidades nos seguintes pontos:

A1 (Q2) – Pagamento/Recebimento por serviços indevidamente incluídos em aditivo ao Contrato nº. 288/2016

Ressarcimento: R\$ 106.474,32, correspondente a 36.045,34 VRTE

Responsáveis: Ruy Candido Athayde – Engenheiro Fiscal do Contrato

Miguel Angelo Lima Qualhano – Secretário Municipal de Obras 22/12/2017
(gestor a época dos fatos)

Elicon Construtora LTDA. – Empresa contratada para execução do Contrato.

A4 (Q3) – Celebração de Contrato sem a prestação da garantia adicional estipulada pelo §2º do artigo 48 da Lei nº. 8.666/93

Responsáveis: Bruno Roberto de Carvalho – Presidente da CPL (24/9/2017)

Dinalva Silva Cordeiro – Membro permanente da CPL (25/07/2017)

Edilene Paz dos Santos – Membro permanente da CPL (25/07/2017)

Leandro da Costa Rainha – Secretário Municipal de Assistência Social
(13/12/2017)

A5 (Q2) – Pagamento/Recebimento por serviços não executados

Ressarcimento: R\$ 66.243,74, correspondente a 24.652,50 VRTE

Responsáveis: Miguel Angelo Lima Qualhano – Secretário de Obras
(18/02/2013)

Ruy Candido Athayde – Fiscal do Contrato (14/05/2013)

Construtora Gouvea LTDA – Empresa Contratada para execução do Contrato
Entretanto, antes de adentrar ao mérito verifico que o Sr. Miguel Angelo Qualhano, arguiu preliminarmente sua ilegitimidade passiva, a qual passo discorrer:

DA PRELIMINAR

O Sr. Miguel Angelo Qualhano, sustenta que quanto a autorização de pagamento do termo aditivo que continha itens indevidamente incluídos, observa-se que há flagrante ilegitimidade passiva quanto à imputação de sua responsabilização, vez que o contrato não se refere a sua pasta, sendo de responsabilidade da Secretaria Municipal de Assistência Social, conforme homologação do processo licitatório, Contrato (no qual também é possível observar que a dotação orçamentária corre por conta da última) e 3º Termo Aditivo em anexo. Salaria que a execução da obra apenas é fiscalizada por um Engenheiro da Secretaria de Obras, entretanto, os pagamentos não são autorizados por esta Secretaria, cabendo à Secretaria Municipal de Assistência Social autorizar tais pagamentos.

Pois bem.

É cediço que a legitimidade é uma das condições da ação, não se confundindo com o mérito processual.

Desta forma para forma-se uma ação, deve-se ter partes legítimas para figurarem os polos ativos e passivos da presente ação.

No caso em tela aduz que não seria responsável pela irregularidade a ele atribuída,

deste modo, não seria sujeito passivo da presente auditoria.

Contudo, no caso em tela o responsável autorizou o pagamento do termo aditivo que continha itens indevidamente incluídos, de forma que não há que se falar em ilegitimidade passiva.

Assim, deve ser rejeitada a preliminar e passo à análise do mérito.

DO MÉRITO

1. A1 (Q2) – PAGAMENTO/RECEBIMENTO POR SERVIÇOS INDEVIDAMENTE INCLUÍDOS EM ADITIVO AO CONTRATO 288/2016.

Ressarcimento: R\$ 106.474,32, correspondente a 36.045,34 VRTE

Responsáveis: Ruy Candido Athayde – Engenheiro Fiscal do Contrato

Miguel Angelo Lima Qualhano – Secretário Municipal de Obras
22/12/2017 (gestor a época dos fatos)

Elicon Construtora LTDA. – Empresa contrata para execução do Contrato.

O Contrato nº. 288/2016 fora formalizado para efetivar a contratação de empresa para execução do Loteamento de Interesse Social (LIS) da localidade de São Paulo, contendo a prestação dos seguintes serviços especializados: pavimentação, drenagem pluvial, implantação de rede de distribuição de água tratada, coleta de esgoto sanitário, iluminação pública e construção de 66 (sessenta e seis) Unidades Habitacionais Unifamiliares. Dotação Orçamentaria - Secretaria Municipal de Assistência Social - Royalties do Petróleo.

A equipe técnica na realização da auditoria considerou que a administração municipal ao elaborar o 3º termo aditivo ao Contrato 288/2016 inseriu indevidamente itens que não são passíveis de inclusão via aditivo, uma vez que deveriam ter sido considerados na proposta de preços por ocasião da licitação, e caso algum licitante entendesse pela falta deste itens durante o procedimento licitatório, deveria ter impugnado o edital na ocasião oportuna, não é admissível esta reivindicação da empresa contratada após o procedimento licitatório.

A empresa Elicon Construtora baseia suas justificativas em quatro pontos, da legalidade do aditivo, da não ocorrência de ofensa ao princípio da isonomia, da boa-fé, presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo e da vedação do confisco e enriquecimento ilícito da administração.

Alega ainda, que a Administração não previu a melhor solução no tocante aos itens relacionados basicamente à montagem do canteiro de obras e à administração local.

Já o Sr. Ruy Candido Athayde, aduz que o contrato já prevê em sua cláusula 6.1.28, alínea “a”, que a contratada deverá “Manter Engenheiro(s) e/ou Arquiteto(s) como “Responsável (eis) Técnico (s) da Obra”, em conformidade com a declaração fornecida de participação permanente dos mesmos” durante a execução do contrato, portanto, “a participação deste profissional já estava prevista no contrato”.

Sustenta ainda que quanto a construção de refeitório, alojamento, barracão para serraria, barracão para corte e armação, entende-se que os custos destes itens deveriam ter sido considerados pela empresa contratada por ocasião da elaboração de sua planilha de preços, durante a fase de licitação.

Já o Sr. Miguel Ângelo Lima Qualhano, no tocante ao mérito afirma que a elaboração dos projetos e/ou da planilha orçamentária e a análise da necessidade/viabilidade de aditivos contratuais não são de competência dos Secretários Municipais. Portanto, não se deve exigir do secretário o que não lhe compete, além disso, não sendo plausível exigir que este seja um “ser onipresente”, ou seja, que dê satisfação de todos os atos praticados na Administração, devendo-lhe ser exigida apenas a análise das “macro etapas” de um processo administrativo.

Afirma ainda que não existem evidências nos autos de que o Defendente tenha “participação na prática da irregularidade”, ou seja, que tenha dado causa ao aditivo contratual, motivo pelo qual poderia ser responsabilizado por apenas autorizar o pagamento do termo aditivo que continha itens indevidamente incluídos.

Aduz ainda que em respeito ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito da administração, se os serviços foram e estão sendo devidamente executados não há que se falar em danos ao erário.

A equipe técnica após análise das justificativas apresentadas pelos defendentes entende que quanto às exigências feitas pela fiscalização, principalmente em relação à adequação às normas de higiene e segurança, somadas aos demais aspectos abordados, são relevantes para afastar o pagamento indevido diante da celebração do termo aditivo, nos levando a sugerir que seja afastado o indício de dano apontado.

Todavia sugere que seja expedida determinação à Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy para que não realize aditivos contratuais para serviços de administração local, exceto para situações realmente não previsíveis e devidamente justificadas, bem como inclusão, em seu projeto básico, de análise orçamentária da Administração Local da obra adequada e suficiente.

Pois bem.

A equipe técnica na realização da auditoria não detectou sobrepreço nos pagamentos, tampouco serviços que não tenham sido executados, indicou como indício de irregularidade no relatório de auditoria que à inclusão dos itens do termo aditivo já deveriam ter sido incluídos na proposta do licitante vencedor.

Fora verificado ainda que a empresa vencedora ofertou desconto significativo, cerca de 35%, sobre o valor da planilha referencial de preços elaborada pela administração, E ainda que em sua proposta fosse considerado os itens que foram incluídos via planilha de aditivos contratuais, ainda assim o desconto seria bastante significativo, segundo a equipe técnica maior que 30%.

Conforme salienta a equipe técnica, a auditoria não apontou que os serviços não foram executados, bem como não há comprovação de nenhum indício de má fé e nem de favorecimento à empresa contratante, constatou-se ainda que os serviços estavam sendo executados de acordo com o projeto e seguindo as especificações.

Deve ser considerado também que, de fato, conforme os defendentes apontaram que a não inclusão dos itens do aditivo contratual, pode ter ocorrido por falha durante a elaboração da planilha orçamentária, todavia, conforme salienta a equipe técnica tal fato deveria ter sido suprido durante o procedimento licitatório com a inclusão destes itens na planilha.

Outro ponto ventilado pelos defendentes é o fato de que com a contratação de um profissional de Engenharia e Segurança do Trabalho, foram feitas exigências feitas que geraram custos adicionais na execução de serviços e não estavam contemplados pela empresa durante a elaboração de sua proposta de preços, verifico que há plausibilidade neste ponto e assim o argumento deve ser levado em consideração.

Deste modo, deve ser ponderado o que seria mais danoso à administração, a realização de um aditivo, ou impedir que este fosse realizado e gerar uma possível paralização da obra.

Sob esse aspecto entendo que a paralização da obra poderia acarretar um grande dano ao erário de Presidente Kennedy, principalmente pelo tipo de serviço que estava sendo executado, qual seja, pavimentação, drenagem pluvial, implantação de rede de distribuição de água tratada, coleta de esgoto sanitário.

Dessa forma, na análise dos autos, conforme bem salienta a equipe técnica, os elementos constantes dos autos são capazes de afastar o ressarcimento, bem como indício de irregularidade, tendo em vista que o serviço fora prestado, a realização do aditivo fora mais econômica para administração e também em virtude do preço contratado.

A equipe técnica sugere ao final que seja expedida determinação à Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy para que não realize aditivos contratuais para serviços de administração local, exceto para situações realmente não previsíveis e devidamente justificadas, bem como inclusão, em seu projeto básico, de análise orçamentária da Administração Local da obra adequada e suficiente.

Contudo, ante a natureza do proposto entendo que deve ser expedida recomendação nos termos proposto pela equipe técnica.

2. A4 (Q3) - CELEBRAÇÃO DO CONTRATO 353/2017 SEM A PRESTAÇÃO DA GARANTIA ADICIONAL ESTIPULADA PELO § 2º DO ARTIGO 48 DA LEI 8.666/93.

Responsáveis: Bruno Roberto de Carvalho – Presidente da CPL (24/9/2017)

Dinalva Silva Cordeiro – Membro permanente da CPL (25/07/2017)

Edilene Paz dos Santos – Membro permanente da CPL (25/07/2017)

Leandro da Costa Rainha – Secretário Municipal de Assistência Social (13/12/2017)

A equipe técnica verificou que a empresa vencedora do certame apresentou sua proposta com valor acima do inexecutável, porém abaixo do mínimo estipulado no § 2º do Artigo 48 da lei 8.666/93.

O Contrato nº. 353/2017 trata da contratação de empresa para construção do Loteamento de Interesse Social (LIS) da localidade de Santo Eduardo, contendo a prestação do seguinte serviço especializado: construção de 60 Unidades Habitacionais Unifamiliares, referente ao Item 02. Dotação Orçamentaria - Secretaria Municipal de Assistência Social - Royalties do Petróleo.

Em suas justificativas, o sr. Leandro da Costa Rainha argumenta inicialmente que o preço ofertado pela vencedora do certame de R\$: 3.531.590,25 (três milhões, quinhentos e trinta e um mil, quinhentos e noventa reais e vinte e cinco centavos), corresponde a 67,9993% da média das propostas superiores a 50%, que foi apurado no valor de R\$: 5.193.568,68 (cinco milhões, cento e noventa e três mil, quinhentos e sessenta e oito reais e sessenta e oito centavos), cabendo a aplicação do disposto no §2º do artigo 48 da Lei 8.666/93.

Sustenta ainda que por meio do processo nº 22.825/2018, a Controladoria Geral do Município de Presidente Kennedy, ao tomar, ciência do achado indicado pelo Tribunal de Contas, remeteu ao Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos quanto a ausência de cobrança de garantia adicional no Contrato de nº 353/2017, sendo o processo enviado ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação, que em manifestação as fls. 09/10, considerou que houve um equívoco por parte da Comissão Permanente de Licitação, indicando através de cálculo, o valor a ser exigido da empresa para fins de Garantia Adicional. qual seja R\$: 1.661.978,43 (um milhão, seiscentos e sessenta e um mil, novecentos e setenta e oito reais e quarenta e três centavos), encaminhando os autos, na data do dia 10 de outubro de 2018, a Secretaria Municipal de Assistência Social para providências ao cumprimento da exigência. (doc. 01/02).

Afirma que o Relatório de Auditoria 00025/2018-4 indica no item 2.4.8 (Conclusão do achado), o valor calculado para fins de garantia adicional, qual seja, R\$ 456.945,67

(quatrocentos e cinquenta e seis mil, novecentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete , centavos), tendo por base demonstrativo apresentado no Apêndice 355/2018.

Contudo, segundo o defendente ao analisar o teor da Lei, evidenciamos que houve um equívoco no cálculo do valor apresentado pelo Tribunal, vez que compulsando melhor o entendimento quanto ao tema, evidenciou-se orientações constantes no Acórdão nº 2503/2018 do TCU, que exemplificou passo a passo, como devem ser aplicadas as regras previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 48 da Lei de Licitações para efetivação dos cálculos da garantia adicional, em licitações de obras e serviços de engenharia.

Já a empresa Universo Viana Empreendimentos LTDA, em sua defesa afirma que após ciência da exigência, foi realizada diligência junto a Divisão de Habitação SEMAS/PK, que informou que “não foi emitida Ordem de Serviço ao Contrato 353/2017”, sugerindo ainda que seja dada ciência a empresa sobre o cumprimento da exigência de apresentação de Garantia Adicional, conforme se verifica através de cópia de despacho anexo ao processo.

Segundo a empresa responsável, a fim de cumprir o determinado pela equipe de auditoria a exigência for condicionada a momento futuro, em razão de que a execução do contrato depende da conclusão do lote I (Infraestrutura, que corresponde a terraplanagem, pavimentação, muro de arrimo, rede de drenagem pluvial, rede de abastecimento de água, rede coletora de esgoto e sinalização), cujo prazo de conclusão previsto no contrato é de 08 (oito) meses.

Assim, requer que seja afastada a conduta imputada ao subscritor, reconhecendo-se que não foi praticado nenhum ato irregular ou ilícito, vez que comprovado restou que a empresa foi acionada a apresentar a garantia adicional antes do início da execução dos serviços.

O Sr. Bruno Roberto de Carvalho Gomes, argui que ao tomar conhecimento da referida irregularidade, através de Ofício encaminhado pelo Controle Interno do Município, processo administrativo 22.825/2018, cuidou de adotar as devidas providências para a sua devida regularização, para tanto, elaborou o despacho de fls. 09/20 do referido processo indicando ao Secretário Municipal de Assistência Social a necessidade da prestação de garantia adicional.

Afirma ainda que agiu amparado por 03 (três) excludentes de culpabilidade, visto que também agiu com boa-fé, pois não se encontra nos autos evidências de que o mesmo tenha praticado o ato com má-fé. Portanto, resta cristalino que o Defendente não deve ser apenado, tampouco obrigado à reparação de danos ao erário, conforme consta no próprio Relatório de Auditoria, o qual assevera que o Defendente sequer deveria ter sido citado.

Ao final, sustenta que não poderia esta Eminente Corte de Contas responsabilizar o Defendente antes de lhe oportunizar a reparação da irregularidade, a qual já foram adotadas as devidas providências a fim de que seja sanada.

Já a Sra. Edilene Paz dos Santos alega que quanto a exigência de garantia adicional, evidenciou-se que após ciência da exigência, o Secretário Municipal de Assistência Social realizou diligência junto a Divisão de Habitação SEMAS/PK, 'que informou que "não foi emitida Ordem de Serviço ao Contrato 353/2017", sugerindo ainda que seja dada ciência a empresa sobre o cumprimento da exigência de apresentação de Garantia Adicional, conforme se verifica através de cópia de despacho anexo ao processo.

Argui ainda que além de corrigir os atos praticados, e em consonância a recomendação posta no item 2.4.7 (Esclarecimentos do Fiscalizado) do Relatório de Auditoria 00025/2018-4, foi enviado no dia 11 de fevereiro de 2019, através do Correios AR (Aviso de Recebimento) a empresa Universo Viana Empreendimentos Ltda, contratada para a execução do lote II (Construção de 60 unidades habitacionais unifamiliares). contrato n° 000353/2017, OFICIO/SEMAS/PK — N° 031/2019 informando sobre a exigência da apresenta ao da Garantia Adicional em momento anterior a emissão da Ordem de Serviço, frisando que esta é indispensável para prosseguimento do contrato 353/2017.

Assim, como alegado pela empresa Viana Empreendimentos, informa que a exigência foi condicionada a momento futuro, em razão de que a execução do contrato, depende da conclusão do lote 01 (Infraestrutura, que corresponde a terraplanagem, pavimentação, muro de arrimo, rede de drenagem pluvial, rede de abastecimento de água, rede coletora de esgoto e sinalização), cujo prazo de conclusão previsto no contrato é de 08 (oito) meses.

Ao final aduz que as condutas do Presidente da CPL, dos membros da CLP e do Secretário Municipal da pasta encontram respaldo no princípio da autotutela, vez que os mesmos exerceram o seu poder de autotutela, revendo assim seus atos. reconhecendo o vício que maculava o Contrato, e a correta inserção da exigência de garantia adicional a Contratada, assim, sendo desnecessário a anulação do ato, vez que foi possível a preservando com o saneamento do feito, através da exigência de garantia adicional, antes da emissão da ordem de serviço, não onerando a Administração Pública, assim requer que seja afastada a irregularidade, reconhecendo-se que não foi praticado nenhum ato irregular ou ilícito, vez que comprovado restou que a empresa foi acionada à apresentação da garantia adicional antes do início da execução dos serviços..

A equipe técnica na análise das justificativas apresentadas a presente irregularidade entendeu por sanada, tendo em vista que os responsáveis já adotaram todas as medidas cabíveis.

Pois bem.

A Lei nº 8.666/93 – Lei de Licitações e Contratos determina no artigo 48, §2º que quando os licitantes classificados apresentarem propostas com valor global da proposta inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor¹ da média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou valor orçado pela administração, será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, igual à diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta, in verbis:

Art. 48 [...]

¹ Art. 48. Serão desclassificadas:

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

Conforme salientou a equipe técnica, esta garantia adicional tem por objetivo resguardar a Administração do risco de paralisação do contrato, por parte da contratada, nos casos em que a proposta vencedora da licitação for de valor significativamente menor do que a orçada pela administração municipal.

No caso em tela, como a empresa contratada ofertou um elevado percentual de desconto (53,50 %) poderia existir uma paralisação dos serviços durante a execução do contrato, dessa forma, a garantia adicional do contrato se faz necessária a fim de garantir a segurança da execução contratual.

Contudo, após análise das razões de defesas e documentos apresentados pelos defendentes verifico que a Controladoria Geral do Município de Presidente Kennedy, ao tomar, ciência do achado indicado pelo Tribunal de Contas, remeteu ao Secretário Municipal de Obras e Serviços Públicos quanto à ausência de cobrança de garantia adicional no Contrato de nº 353/2017, sendo o processo enviado ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação, que em manifestação às fls. 09/10, considerou que houve um equívoco por parte da Comissão Permanente de Licitação, indicando através de cálculo, o valor a ser exigido da empresa para fins de Garantia Adicional, qual seja R\$: 1.661.978,43 (um milhão, seiscentos e sessenta e um mil, novecentos e setenta e oito reais e quarenta e três centavos), encaminhando os autos, na data do dia 10 de outubro de 2018 à Secretaria Municipal de Assistência Social para providências ao cumprimento da exigência.

Registra-se que conforme afirmam os defendentes a exigência foi condicionada à momento futuro, em razão de que a execução do contrato depende da conclusão do lote I (Infraestrutura, que corresponde a terraplanagem, pavimentação, muro de arrimo, rede de drenagem pluvial, rede de abastecimento de água, rede coletora de esgoto e sinalização), cujo prazo de conclusão previsto no contrato é de 08 (oito) meses.

Assim, entendo que como foi saneada a irregularidade a mesma deve ser afastada.

3. A5 (Q2) – PAGAMENTO/RECEBIMENTO POR SERVIÇOS NÃO EXECUTADOS NO CONTRATO 79/2017.

Ressarcimento: R\$ 66.243,74, correspondente a 24.652,50 VRTE

Responsáveis: Miguel Angelo Lima Qualhano – Secretário de Obras

(18/02/2013)

Ruy Candido Athayde – Fiscal do Contrato (14/05/2013)

Construtora Gouvea LTDA – Empresa Contratada para
execução

do Contrato

O Contrato 79/2017 trata da contratação de empresa para execução de pavimentação, drenagem pluvial e implantação de rede de distribuição de água tratada e coleta do esgoto sanitário em diversas ruas da comunidade de Santa Lúcia, neste Município. Dotação Orçamentaria - Secretaria Municipal de Assistência Social - Royalties do Petróleo.

A equipe técnica verificou da planilha de medição, comparada as observações realizadas durante a vistoria in loco, que alguns serviços já pagos não tinham a sua execução iniciada, o que configura pagamento por serviços não executados. O serviço de execução de meio fio está restrito à Rua 08 e não havia nenhum serviço de asfaltamento que justificasse os itens pagos destes trabalhos.

Citada a Construtora Gouvea Ltda, informa que a responsabilização a ela imputada versa sobre o fato desta ter recebido pagamento por serviços não comprovadamente executados, alegando a área técnica na "conclusão do achado" que o "pagamento por serviços não executados representa pagamento indevido, esta prática além de possível ilegalidade pode causar prejuízo ao erário, devendo o jurisdicionado proceder a correta quitação dos serviços executados e só realizar o pagamento do que for realmente

entregue. A administração da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy deve estornar a valor antecipado no valor de R\$ 66.243,74, conforme tabela em apêndice.

E informa que a empresa e o Município já adotaram as devidas providências para o estorno/compensação do pagamento indevido, conforme cópia parcial da medição de nº 06 em anexo (fls. 128 do processo administrativo no 28.169/2018).

Aduz ainda que foram estornados efetivamente R\$ 46.875,00 (quarenta e seis mil e oitocentos e setenta e cinco reais), pois entre a realização da Auditoria e a realização da 6ª medição a empresa já tinha executado mais uma parte dos serviços, deste modo, estando realizado, mas deixando de ser medido.

Afirma ainda que só voltou a ser medido na medição de nº 08, conforme planilha disponibilizada no Geobras, sendo que as imagens também disponibilizadas e que apresentado em anexo também comprovam o regular andamento dos serviços questionados.

Deste modo, alega que não deve ser responsabilizada, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União e desta Corte de Contas e em virtude do contrato em questão ainda se encontrar em execução, não poderia esta Eminente Corte de Contas responsabilizar a Defendente antes oportunizar a reparação da irregularidade.

Já o Sr. Ruy Candido Athayde, inicialmente sustenta que o fato ter elaborado medição com serviços não comprovadamente executados, alegando a área técnica na “conclusão do achado” que o “pagamento por serviços não executados representa pagamento indevido, esta prática além de possível ilegalidade pode causar prejuízo ao erário, devendo o jurisdicionado proceder a correta quitação dos serviços executados e só realizar o pagamento do que for realmente entregue. A administração da Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy deve estornar o valor antecipado no valor de R\$ 66.243,74, conforme tabela em apêndice, e se abster de fazer isso em outros itens”.

Ratifica ainda o alegado pela empresa defendente que o Município já adotou as devidas providências para o estorno / compensação do pagamento indevido, conforme cópia parcial da medição de nº 06 em anexo (fls. 128 do processo administrativo no 28.169/2018).

Registra também que foram estornados efetivamente R\$ 46.875,00 (quarenta e seis mil e oitocentos e setenta e cinco reais), pois entre a realização da Auditoria e a realização da 6ª medição a empresa já tinha executado mais uma parte dos serviços, deste modo, estando realizado, mas deixando de ser medido.

O Sr. Miguel Ângelo Lima Qualhano alega que no Município de Presidente Kennedy/ES o DECRETO N° 62/2015, determina que dentre as competências do Secretário Municipal de Obras e/ou Secretário Municipal solicitante não consta a atribuição de conferir/confirmar/certificar *in loco* a veracidade dos dados da medição efetuada, por esta razão não é exigível que o mesmo dê satisfação de todos os atos praticados na Administração, devendo-lhe ser exigida apenas a análise das “macro etapas” de um processo administrativo e, sendo assim, havendo uma “planilha de medição” no pedido de pagamento, não há motivos para que o Defendente se dirija até a obra para confirmar se o que consta na “planilha de medição” é o que foi executado.

Sustenta que não pode ser responsabilizado por apenas autorizar o pagamento de serviço não executado, vez que não está caracterizado nos autos que este tenha “participação na prática da irregularidade”.

Aduz também que não se encontra nos autos evidências de que o mesmo tenha praticado o ato com má-fé, bem como não sabia e nem foi avisado que o serviço não havia sido executado, deste modo, estando presente a ausência de potencial conhecimento da ilicitude, além disso, não lhe era exigível conduta diversa, haja vista que o serviço foi devidamente atestado.

Ao final, assim como os defendentes acima, informa que o Município já adotou as devidas providências para o estorno/compensação do pagamento indevido.

A equipe técnica após análise das justificativas e documentos apresentados verificou que, de fato, o pagamento antecipado foi estornado na medição posterior e não causou prejuízo ao erário e que do relatório fotográfico apresentado pelos defendentes verifica-se que os serviços foram concluídos, de modo que o pagamento antecipado se revelou erro formal e não há elementos para supor que ocorreu dolo na conduta dos responsáveis pelo pagamento antecipado, apesar de ter ocorrido um lapso temporal

entre pagamento da medição e a conclusão dos serviços, assim a irregularidade deve ser afastada.

Dessa forma, corroboro o entendimento técnico por entender que a irregularidade apresentada fora saneada.

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

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC-733/2020:

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

- 1.1. REJEITAR a PRELIMINAR de Ilegitimidade Passiva**, arguida por Miguel Angelo Lima Qualhano;
- 1.2. ACOLHER** as razões de justificativas de Ruy Candido Athayde, Miguel Angelo Lima Qualhano, Elicon Construtora LTDA, e **AFASTAR** a irregularidade descrita no item 1 deste voto (item 2.1 da ITC) **A1 (Q2) – Pagamento/Recebimento por serviços indevidamente incluídos em aditivo ao Contrato nº. 288/2016;**
- 1.3. ACOLHER** as razões de justificativas de Bruno Roberto de Carvalho, Dinalva Silva Cordeiro, Edilene Paz dos Santos, Leandro da Costa Rainha, empresa Viana Empreendimentos LTDA, e **AFASTAR** a irregularidade descrita no item 2 deste voto (item 2.2 da ITC) **A4 (Q3) – Celebração de Contrato sem**

a prestação da garantia adicional estipulada pelo §2º do artigo 48 da Lei nº. 8.666/93;

- 1.4. **ACOLHER** as razões de justificativas de Miguel Angelo Lima Qualhano, Ruy Candido Athayde, Construtora Gouvea LTDA e **AFASTAR** a irregularidade descrita no item 3 deste voto (item 2.3 da ITC) **A5 (Q2) – Pagamento/Recebimento por serviços não executados;**
- 1.5. **RECOMENDAR** à Prefeitura Municipal de Presidente Kennedy para que não realize aditivos contratuais para serviços de administração local, exceto para situações realmente não previsíveis e devidamente justificadas, bem como inclusão, em seu projeto básico, de análise orçamentária da Administração Local da obra adequada e suficiente.
- 1.6. **DAR CIÊNCIA** aos interessados;
- 1.7. Após o trânsito em julgado, **ARQUIVAR** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 07/08/2020 – 16ª 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

Subsecretária das Sessões