



Acórdão 00896/2020-8 - 2ª Câmara

Processo: 00613/2016-7

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Inspeção

UG: PMAC - Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio

Relator: Domingos Augusto Taufner

Responsável: LUCIBERIA PAGOTTO ZORZAL, ANDERSON KUSTER, ELILDA MARIA BISSOLI, LINDOLFO HACKBART, WILSON BERGER COSTA, JONAS CALIMAN BRAGATTO, ZORZAL TERRAPLENAGEM E LOCACOES LTDA

FISCALIZAÇÃO – INSPEÇÃO – LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO ANTES DA REALIZAÇÃO DA DESPESA – EXIGÊNCIA DE QUITAÇÃO JUNTO AO CREA/CRA PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA – FORNECIMENTO DE BENS POR EMPESA PERTENCENTE AO PREFEITO – SUPERFATURAMENTO – MULTA.

1. É legítima a inserção de exigência de qualificação técnico profissional em editais, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, nos termos do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993;

2. Não é permitida a participação, direta ou indireta, do dirigente do órgão na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários, nos termos do art. 9º, inciso III, e § 3º, da Lei 8.666/1993;

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de fiscalização formulado pela Comissão Permanente de Constituição, Justiça e Redação da Câmara Municipal de Afonso Cláudio, em face de possíveis irregularidades no procedimento licitatório da Concorrência Pública nº 002/2014 e respectiva execução contratual (contrato nº 102/2014), conduzido pela Prefeitura Municipal de Afonso Cláudio, cujo objeto consistia na pavimentação asfáltica em diversas ruas do município.

Após análise dos pontos indicados, a Secretaria de Controle Externo de Engenharia e Meio Ambiente – SecexEngenharia, atual Núcleo de Construções Pesadas – NCP, confeccionou o Relatório de Fiscalização/Inspeção 01/2016, o qual concluiu pelas seguintes irregularidades:

Ausência de crédito orçamentário antes da realização da despesa – Artigo 60 da Lei 4.320, artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/93 e artigo 1º, inciso IX da Lei 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa) – **Responsáveis:** Wilson Berger Costa e Anderson Kuster.

Exigência de quitação junto ao CREA para qualificação técnica.

Artigo 30, inciso I da Lei 8.666/93 – **Responsáveis:** Wilson Berger Costa, Elilda Maria Bissoli e Lucibéria Pagotto Zorzal.

Fornecimento de bens por empresa pertencente ao prefeito municipal. Artigo 9º, inciso III c/c § 3º da Lei 8.666/93 e artigo 9º da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade) – **Responsável:** Wilson Berger Costa

Execução ineficiente dos serviços e superfaturamento – Artigo 70, § único da Constituição Federal; artigo 10, caput, inciso XII da Lei 8.429/92 (improbidade administrativa), artigo 62 c/c 63, caput e § 2º, inciso III da Lei 4.320/64, artigo 93 do Decreto-Lei 200/67 – **Responsáveis:** Wilson Berger Costa, Jonas Caliman Bragatto, Lindolfo Hackbart e Zorzal Terraplanagem e Locações Ltda.

Em razão dos indicativos de irregularidades supracitados, a Secretaria de Controle Externo de Obras e Serviços de Engenharia – SecexEngenharia, elaborou Instrução Técnica Inicial – ITI 394/2016-7, por meio da qual sugeriu a conversão do processo em tomada de contas especial e citação dos responsáveis.

Ato contínuo, conforme Decisão 02446/2016-4, a Segunda Câmara desta Corte de Contas deixou de converter o processo em tomada de contas, naquele momento, bem como determinou a citação dos responsáveis para que apresentassem as justificativas e documentos que entendessem cabíveis.

Após o cumprimento dos Termos de Citação expedidos, os autos foram remetidos ao Núcleo de Controle Externo Construção Civil Pesada – NCP, o qual, por intermédio de Instrução Técnica Conclusiva – ITC 02930/2020-5, opinou pela manutenção parcial do item “Fornecimento de material por empresa pertencente ao prefeito” e condenação do Sr. Wilson Berger Costa (Prefeito Municipal) ao pagamento de multa individual.

O Ministério Público de Contas, por sua vez, em Parecer 02235/2020-9, da lavra do Excelentíssimo Procurador Dr. Luciano Vieira, pugnou pela cominação de multa pecuniária aos Srs. Wilson Berger Costa, Elilda Maria Bissoli e Lucibéria Pagotto Zorzal, ante as irregularidades contidas nos itens 2.2 e 2.5 da ITI 394/2016; aplicação da penalidade de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, pelo prazo de cinco anos, ao Sr. Wilson Berger Costa; e resolução do processo com julgamento de mérito quanto aos Srs. Anderson Kuster, Jonas Caliman Bragatto, Lindolfo Hackbart e a sociedade empresária Zorzal Terraplanagem e Locações Ltda.

É o relatório. Passo a fundamentar.

FUNDAMENTAÇÃO

Compulsando detidamente os autos, observo que o feito se encontra devidamente instruído, considerando o atendimento a todos os trâmites legais e regimentais, havendo, assim, aptidão ao julgamento de mérito em atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Dessa forma, passo à análise das irregularidades apontadas. Para tanto, utilizarei a mesma numeração lançada na ITC 02930/2020:

2.1 – Ausência de crédito orçamentário antes da realização da despesa – Responsáveis: Wilson Berger Costa e Anderson Kuster.

Aduziu o corpo técnico que a Administração Municipal “realizou despesa sem o devido empenho prévio, descumprindo determinação do artigo 60 da Lei 4.320, o artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/93, por não ter havido previsão de recursos orçamentários que assegurassem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma, e ainda, o artigo 1º, inciso IX da Lei 8.492/92”.

Nas justificativas apresentadas, os responsáveis informaram que havia saldo orçamentário para o cumprimento da obrigação, pois a verba já estava depositada na conta do FDM nº 23.892.375, Agência 137 do Banestes, desde 17/03/2014. O que ocorreu, segundo explicações, foi que *“até 2013, todos os recursos repassados ao Município de Afonso Cláudio pelo Governo do Estado, se davam através de formalização de convênios, e a partir de 2014, com a sanção da Lei complementar nº 712 de 13 de setembro de 2013, o Estado criou o Fundo Estadual de Apoio ao Desenvolvimento Municipal - FEADM, regulamentada aos 16 de janeiro de 2014, através dos Decretos nºs 3501-R e 3502-R, tornando possível a transferências de recursos fundo a fundo”.*

Salientam os responsáveis que, imediatamente após detectarem o equívoco, encaminhou-se à Câmara Municipal projeto de lei para abertura de Crédito Adicional Especial a fim de corrigir a irregularidade detectada.

A área técnica, após análise às justificativas, entendeu por afastar a presente irregularidade.

Pois bem.

Conforme esclarecido pelos responsáveis, verifica-se que a verba, na verdade, já estava depositada na conta do Fundo de Desenvolvimento Municipal nº 23.892.375, Agência 137 do Banestes, desde 17/03/2014. Todavia, como até 2013 os repasses eram efetuados para a dotação orçamentária Convênios do Estado, a dotação utilizada para a assinatura do Contrato se deu desta forma. Todavia, a partir de 2014, os repasses de verba para o Fundo de Desenvolvimento Municipal foram alterados.

Importante destacar que, logo que percebido o equívoco, foi cancelado o empenho na dotação Convênio do Estado e efetuado novo empenho na dotação do FDM, alteração esta que foi efetuada antes da efetivação de qualquer pagamento, motivo pelo qual **acompanho o opinamento técnico e ministerial e afasto** a presente irregularidade.

2.2 – Exigência de quitação junto ao CREA/CRA para Qualificação Técnica – Responsáveis: Wilson Berger Costa, Elilda Maria Bissoli e Lucibéria Pagotto Zorzal.

Segundo análise técnica inicial, a Administração Municipal descumpriu determinação da lei de licitações, quanto à qualificação técnica, tendo em vista que o edital exige para fins do referido quesito a prova de situação regular da empresa e dos responsáveis técnicos, por meio de certidão de registro e quitação de pessoa jurídica e física, razão pela qual extrapola o permitido pela Lei 8.666/93, que limita a exigência apenas ao registro ou inscrição na entidade profissional competente da pessoa jurídica participante da licitação.

Os responsáveis, em sede de justificativas, informaram que a exigência foi pautada nos artigos 67 e 69 da Lei 25.194/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo (na verdade, houve um erro de digitação).

O número da Lei é 5.194/66) e em Decisão do TCU, no intuito de garantir que o profissional esteja efetivamente habilitado para o exercício de suas funções e não de restringir o certame, estando, portanto, amparada na boa-fé da Administração Municipal.

Depois de analisadas as justificativas, o corpo técnico entendeu por afastar a presente irregularidade, considerando que a exigência exposta visa que o profissional seja realmente habilitado para exercer as funções inerentes à sua profissão, sem restrição ao caráter competitivo do certame,

O Ministério Público de Contas, por sua vez, diverge do opinamento técnico e sugere a manutenção da irregularidade, entendendo que a cláusula é abusiva, cabendo, a responsabilização dos agentes envolvidos.

Pois bem. Vejamos as possibilidade de exigência de atestado de qualificação técnico profissional exaradas por meio de Acórdãos do Tribunal de Contas da União – TCU:

6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira mens legis e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p.

7. Para valer-se do mencionado dispositivo legal, e exigir que as licitantes comprovem ter seu corpo técnico executado obra ou serviço de características semelhantes a que será contratada, as comissões de licitação, eventualmente, não disporão de outro meio tão eficiente e objetivo quanto a análise quantitativa de obras ou serviços outrora executados por esses profissionais, quanto mais no Certame em foco, cujo objeto – prestação de serviços de consultoria e apoio à Eletronorte, visando à atualização do processo de planejamento estratégico para o ciclo 2006/2010 – é de natureza predominantemente intelectual.¹

Ainda:

¹ TCU. Tribunal de Contas da União. Acórdão 492/2006 – Plenário – Relator. Min. Lincoln Magalhães da Rocha – Sessão 05/04/2006.

72. O grupo de estudos fez constar de seu relatório entendimento do STJ nessa mesma linha (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003):

‘a melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, § 1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis’.²

E:

Não há “problemas em exigir do profissional mais do que se exigiu da firma, consoante apontado pela unidade técnica. A experiência da empresa na execução de obra é importante, mas não determinante. Sem profissional qualificado, a contratada não tem o mesmo desempenho, mesmo que tenha capacidade gerencial e equipamentos”.³

Desta forma, não obstante o entendimento do Tribunal de Contas da União e a previsão contida na Lei 5.194/1966, constata-se que a Lei de Licitações também exige a garantia de qualificação técnica do profissional. A comprovação do registro no CREA ou CAU deverá ser feita por meio da Certidão de Registro e Quitação, assim como a qualificação dos membros da Equipe Técnica, como se vê:

Art. 30 – A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I – Registro ou Inscrição;

II – Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

² _____, _____. Acórdão 3070/2013 – Plenário. Relator: Min. José Jorge – Sessão 13/11/2013.

³ _____, _____. Acórdão 534/2016 – Plenário. Relatora: Min. Ana Arraes – Sessão: 09/03/2016.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

(...)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Diante de todo o exposto, considero legítima a inserção de exigência de qualificação técnico profissional em editais, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, motivo pelo qual **divirjo do opinamento ministerial e acompanhamento a equipe técnica, por afastar** o indicativo de irregularidade.

2.3 – Fornecimento de bens por empresa pertencente ao Prefeito – Responsável: Wilson Berger Costa

Aduz a área técnica que o Prefeito Municipal, Sr. Wilson Berger Costa, infringiu o artigo 9º, inciso III c/c § 3º da Lei 8.666/93, visto que, até 23/09/2014, constata-se, pelo menos, duas notas fiscais que comprovam a aquisição de meio-fio pela sociedade empresária Zorzal Terraplanagem e Locação Ltda com a Pedreira Lajinha Ltda EPP, da qual o Sr. Wilson Berger Costa ainda era sócio administrador.

Informa, ainda, que os novos sócios, os quais, pelo sobrenome e idades, sugerem serem seus filhos, *“assumiram a empresa, devido às denúncias que apareceram, segundo consta no relatório da Comissão Permanente de Constituição, Justiça e Redação da Câmara Municipal de Afonso Cláudio”*, tendo a sociedade empresária Zorzal Terraplanagem e Locação Ltda. continuado a adquirir meio-fio junto à Pedreira Lajinha Ltda. EPP, para execução do contrato firmado com o Município de Afonso

Cláudio, o que se poderia confirmar até mesmo pelos nomes dos bairros na parte inferior das notas.

O responsável, por meio de suas justificativas, afirmou, em síntese “*que a empresa Pedreira Lajinha Ltda, ao fornecer meio fio à Empresa Zorzal Terraplenagem e Locação Ltda, vencedora do certame, o qual não possui nenhum tipo parentesco com o sócio administrador ou com seus membros, não frustrou a legalidade do certame licitatório e nem feriu os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade*”.

Aduziu, ainda, que o Município de Afonso Cláudio observou todos os ditames legais quando da realização do procedimento licitatório e que não houve, por parte do Prefeito Municipal, qualquer ato capaz de favorecer a sociedade empresária contratada ou a pessoa jurídica fornecedora do meio-fio para a execução do objeto contratado.

A área técnica, em sede de Instrução Técnica Conclusiva – ITC 02930/2020-5, opinou pela manutenção da irregularidade.

O Ministério Público de Contas acompanha o opinamento técnico e acrescenta a sugestão de que seja aplicada ao prefeito e penalidade de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

Pois bem.

Nos termos do art. 9º, inciso III, e § 3º, da Lei 8.666/1993, não é permitida a participação, direta ou indireta, do dirigente do órgão na licitação ou na execução de obra ou serviço e no fornecimento de bens a eles necessários, como se vê:

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.

[...]

§3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários (grifei).

Por oportuno, transcrevo posicionamento firmado pelo Tribunal de Contas de Minas Gerais, na Consulta nº 951859, do qual coaduno, de que a proibição de participação no procedimento licitatório abrange também a execução contratual:

CONSULTA N. 951859

Consulente: Wilde Wéllis de Oliveira

Procedência: Câmara Municipal de Piumhi

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

EMENTA

CONSULTA. CÂMARA MUNICIPAL. SUBCONTRATAÇÃO DE EMPRESAS CUJOS SÓCIOS/PROPRIETÁRIOS SEJAM AGENTES POLÍTICOS. VEDAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE EXIGÊNCIA, DA EMPRESA SUBCONTRATADA, DOS MESMOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO APRESENTADOS PELA EMPRESA VENCEDORA DA LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBCONTRATAÇÃO DE PARCELAS DE OBJETO TÉCNICAMENTE COMPLEXAS OU DE VALOR MAIS SIGNIFICATIVO.

1. Com fundamento nos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia, é vedado à Administração subcontratar empresas cujos sócios/proprietários sejam o prefeito, vereadores ou o presidente da Câmara.

2. Não devem ser exigidos da empresa subcontratada os requisitos de habilitação apresentados pelas empresas vencedoras das licitações. Deve-se exigir apenas a

documentação relativa à regularidade da situação fiscal e previdenciária. Consequentemente, por não ser necessária a apresentação de qualificação técnica nem comprovação de capacidade financeira ou técnica, não é possível subcontratar parcelas de objeto tecnicamente complexas ou de valor mais significativo.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

2ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, realizada no dia 17/02/2016

[...] CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE:

Fundamentação

A outra indagação do consultante refere-se à possibilidade de a empresa regularmente contratada pela Administração Pública poder contratar e pagar serviços de veiculação em radiofusão de empresa em cujo contrato social figura como sócio/proprietário o Agente Político (prefeito ou vereador/presidente da Câmara).

O art. 9, III, 3º, da Lei de Licitações preceitua que:

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.

O art. 54, II, a, da Constituição Federal dispõe que os deputados e senadores não poderão, desde a posse, “ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada”.

O art. 29, IX, da Magna Carta preceitua que serão aplicáveis aos vereadores, naquilo que couber, as proibições e incompatibilidades previstas pela Constituição Federal para os

membros do Congresso Nacional e pela Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

IX - proibições e incompatibilidades, no exercício da vereança, similares, no que couber, ao disposto nesta Constituição para os membros do Congresso Nacional e na Constituição do respectivo Estado para os membros da Assembleia Legislativa;

A Lei Orgânica do Município de Piumhi em seu art. 29, inciso II, c, preceitua que:

Art. 29. Os vereadores são invioláveis, no exercício do mandato e na circunscrição do Município, por suas opiniões, palavras e votos, sendo-lhes vedado:

(...)

II – desde a posse:

(...) c) ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público do Município ou nela exercer função remunerada.

Pelo exame dos dispositivos citados, não resta dúvida de que a intenção do legislador foi impedir a participação de determinadas pessoas na licitação, retratando os princípios da moralidade pública, da ética e da isonomia. E, pelo mesmo motivo, se é proibido participar do procedimento licitatório o que dirá executar o contrato. Essa interpretação está fundada na presunção de que nas duas situações, tanto na participação quanto na execução poderá haver infringência aos princípios já citados. E, como o que se busca com os procedimentos licitatórios é a lisura do certame, assegurando oportunidades iguais a todos os interessados, pessoas com posições ou informações privilegiadas, por certo frustrariam o caráter competitivo do certame.

Note-se que, se assim não fosse, aquelas figuras elencadas nos incisos do art. 9º poderiam contratar com o Poder Público nos casos em que a licitação fosse inexigível ou dispensada e, nesses casos, o risco de lesão aos princípios acima mencionados seria muito mais acentuado.

O TCU, no Acórdão nº 1941/2013, assim entendeu:

DENÚNCIA. PARTE DAS OCORRÊNCIAS NÃO SUJEITAS À JURISDIÇÃO DO TCU. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PERTENCENTE AO PAI DO PREFEITO. AUDIÊNCIA. REVELIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. MULTA. ENCAMINHAMENTO DE INFORMAÇÕES AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS (TCE/MG) E AO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO (FNDE)

Trata-se de denúncia que aponta supostas irregularidades cometidas na Prefeitura Municipal de Urucuia/MG. Entre outras ocorrências, acusa-se o prefeito Geraldo Anchieta Rosário Oliveira de: contratar seu pai, na condição de empresário individual, para o fornecimento de gêneros alimentícios e material de higiene e limpeza; autorizar aditivos contratuais irregulares; e nomear seu cunhado como pregoeiro.

(...)

9. A despeito de não haver, na Lei nº 8.666/1993, vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de considerar que há um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Além dos Acórdãos nº 1.632/2006 e nº 1.893/2010, ambos do Plenário, mencionados pelo titular da Secex/MG, essa posição foi adotada em diversas outras deliberações. A seguir, transcrevo trecho do voto condutor do Acórdão nº 1.511/2013-Plenário, que, inclusive, cita algumas dessas decisões:

"26. Anoto que, mesmo diante da ausência de norma expressa na Lei 8.666/1993 vedando a participação em licitação de empresas com sócios parentes de servidores do órgão ou entidade promotora do certame, a jurisprudência deste Tribunal caminha nesse sentido.

O TCU, no Acórdão 607/2011, entendeu que a contratação de empresa de sobrinho fere os princípios constitucionais e os norteadores do procedimento licitatório:

3.4. contratação da empresa Square Construtora Ltda., de propriedade de Alessandro Silva Bitencourt, sobrinho do então prefeito, Sr. Antônio Bitencourt, para a construção de rede coletora de esgoto sanitário no município de Marataízes/ES, configurando-se conflito de interesse, em afronta ao art. 9º, caput, incisos I e III, e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, além dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, com indícios de direcionamento do certame, conforme apurações encaminhadas pela Câmara Municipal, nos termos do Parecer Especial da CPI (fls. 153/156).

(...)

"45. Assevero que a irregularidade verificada no item 3.4 acima afronta os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade que devem orientar a atuação da Administração Pública e, mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor público atue na condição de autoridade responsável pela homologação do certame, vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas, ainda mais em casos como o ora apreciado em que se promoveu a contratação de empresa do sobrinho do prefeito mediante convite em que apenas essa empresa compareceu ao certame.

Dessa forma, considerando-se os princípios da moralidade, da impessoalidade e da isonomia, não é lícito subcontratar com empresas cujo sócio/proprietário seja o prefeito ou vereador/presidente da Câmara, pois se a lei veda de forma expressa a participação de determinadas pessoas no procedimento licitatório, estende-se a proibição aos executores do contrato.

Vale ressaltar lição de Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo o qual "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos".

Assim, da análise ao já mencionado art. 9º, inciso III, §3º da Lei de Licitações e à jurisprudência acima colacionada, constata-se a ilegalidade ocorrida no procedimento licitatório sob responsabilidade do Prefeito Municipal de Afonso Cláudio.

No que se refere ao período em que os descendentes do Prefeito, na tentativa de legalizar a situação, assumiram a sociedade empresária subcontratada, transcrevo o Parecer em Consulta 00022/2018-1, desta Corte de Contas:

1.2.1 Não caracteriza ato de ilegalidade e/ou improbidade, ou, ainda, burla aos princípios administrativos a aquisição, por si só, pela Administração Municipal de produtos ou serviços fornecidos por empresa contratada por meio de procedimento licitatório, contratar, de forma indireta, empresa cuja origem provenha de pessoas com vínculo de parentesco com o Prefeito, o Vice-Prefeito ou qualquer dos Secretários Municipais, desde que tal situação não esteja descrita como impedimento em legislação local ou Lei Orgânica Municipal. A ausência de previsão legal expressa, bem como o reconhecimento da taxatividade das hipóteses elencadas no artigo 9º, da Lei 8666/93, não impossibilitam, todavia, que tal impedimento venha a se verificar no caso concreto, em razão da constatação de favorecimentos advindos do vínculo familiar;

1.2.2 Quanto ao conceito de “participação indireta”, entendemos que a definição decorre da própria Lei de Licitações (artigo 9º, §3º). Considerando que a intenção do legislador, ao estabelecer as proibições consignadas no artigo 9º, foi a de garantir o respeito à isonomia e à moralidade na atividade administrativa, a conceituação efetiva de “participação indireta”, a fim de determinar a existência ou não de impedimento à contratação, necessariamente perpassará pela análise do caso concreto, levada a efeito em outros autos;

Na linha do entendimento firmado por este Tribunal de Contas no Parecer Consulta supracitado, observa-se que, para a caracterização da ilegalidade e/ou improbidade na contratação, de forma indireta, de sociedade empresária cuja origem provenha de pessoas com vínculo de parentesco com agentes políticos, faz-se necessária que a situação esteja descrita em legislação local ou que esteja demonstrado no processo os favorecimentos advindos do vínculo familiar, em desrespeito à isonomia e à moralidade na atividade administrativa.

A mudança dos sócios da sociedade empresária não afasta a violação ao art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, principalmente quando constatado serem os novos sócios os próprios filhos do Prefeito de Afonso Cláudio, razão pela qual não restam dúvidas a respeito do favorecimento advindo do vínculo familiar com o gestor, persistindo o conflito de interesses e a violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.

Não obstante, pode-se verificar das exposições constantes no Relatório de Inspeção 00001/2016-2 o fato de que o decréscimo do valor do produto adquirido com a alteração da empresa subcontratada não refletiu nos dispêndios efetuados pela Municipalidade, como se vê:

A simples alegação de que seria o fornecedor mais próximo, não convém neste caso, pois a empresa contratada adquiriu até 03/09/2014, meio-fio com a empresa Cidade Engenharia Ltda, que possui sede em Serra-ES, o que comprova que distância não era o problema. E por outro lado, até agrava, pois, a empresa contratada, Zorzal Terraplenagem e Locação Ltda, inclusive, deveria ter dado desconto para a Prefeitura, por ter adquirido

localmente com um preço menor, devido à distância de fornecimento ser muito menor, visto que o preço do orçamento-base, utilizou a tabela do DER, que tem como base, os preços da praça da Grande Vitória.

Dessa forma, na linha do que expõe a conclusão técnica exposta na ITC 02930/2020-5 e o Parecer Ministerial 02235/2020-9, **acompanho o opinamento técnico e ministerial e mantenho** a presente irregularidade, com a aplicação de multa ao Sr. Wilson Berger Costa.

Todavia, quanto à pena de inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função de confiança sugerida pelo Ministério Público de Contas, entendo que a referida sanção não deve ser aplicada no presente caso.

Afinal, em que pese a irregularidade aqui constatada constituir ofensa aos Princípios da Moralidade e da Isonomia, não houve indicativo de dano ao erário e não é capaz, por si só, de demonstrar possível ausência de probidade por parte gestor municipal na condução da Municipalidade, razão pela qual entendo que a aplicação da sanção em questão seria completamente desarrazoada e desproporcional.

Entendo que a multa individual a ser aplicada ao responsável já é suficiente para sancionar a conduta perpetrada pelo gestor municipal, prescindindo, nesse caso, da aplicação de qualquer outra penalidade conjunta, por entender que a penalidade sugerida se verifica excessiva ao caso em cotejo, **divergindo da manifestação ministerial quanto a este ponto**, deixo de aplicar a sanção de inabilitação para

exercício de cargo em comissão ou função de confiança ao Prefeito Municipal de Afonso Cláudio, Sr. Wilson Berger Costa.

2.4 – Superfaturamento – Responsáveis: Wilson Berger Costa, Jonas Caliman Bragatto, Lindolfo Hackbart e Zorzal Terraplanagem e Locações Ltda.

Constatou o corpo técnico possível faturamento quanto ao meio-fio objeto do contrato no montante de R\$ 25.579,24 (vinte e cinco mil, quinhentos e setenta e nove reais e vinte e quatro centavos), visto que o total do comprimento contratado e pago foi de 2.849,08m de meio-fio, no valor unitário de R\$ 49,12, ao passo que o total executado encontrado pela equipe técnica foi de 2.328,33m de meio-fio.

Quanto a este ponto, é válida a transcrição integral das justificativas dos responsáveis, a fim de elucidar a possível irregularidade:

Já a alegação de superfaturamento se deu pelo fato da equipe técnica ter encontrado 2.328,33 m de meio-fio e o total pago ter sido de 2.849,08m.

Pois bem, por ocasião da fiscalização do Tribunal de Contas ES, o Secretário Municipal e Obras solicitou uma análise minuciosa da execução da obra, objeto do contrato n2 102/2014, firmado entre a Municipalidade e a empresa Zorzal Terraplanagem Ltda para prestação de serviços de pavimentação asfáltica em diversas ruas do município, em razão da Auditoria Ordinária realizada pelo TCEES, sendo então o processo encaminhado ao Fiscal da obra, ocasião em que o Sr. Lindolfo Hackbart, nos informou que o fornecimento e assentamento de massa asfáltica CBUQ foi executado conforme projeto e planilha orçamentária, ratificando o atestado anteriormente.

Com relação aos serviços de fornecimento e assentamento de meio fio, o engenheiro civil da municipalidade constatou algumas divergências do que fora atestado anteriormente, vez que a Rua Roberto Pilger e parte do lado direito da Avenida José Corrêa de Oliveira, não foram assentados os meio fios, conforme previsto no projeto, alegando para tanto que houve um erro no momento da vistoria da medição para ateste dos serviços executados, sendo

informado um quantitativo a maior que o executado num total de 483,30 m (quatrocentos e oitenta e três metros e trinta centímetros) de meio fio.

Esclareceu ainda, que o não assentamento do meio fio na Rua Roberto Pilger se deu pelo fato de que constataram que a rua era muito estreita e prejudicaria o espaço disponível para manobras e trânsito de veículos, bem como parte da Avenida José Correia de Oliveira em razão das construções dos muros divisórios das edificações servirem de delimitação para o pavimento asfáltico.

Alega finalmente que se concentrou na fiscalização do fornecimento e assentamento dos serviços de massa asfáltica CBUQ em virtude da complexidade, por ser item de maior relevância, bem como na fiscalização da espessura da camada e qualidade do acabamento e ao efetuar o boletim de medição esqueceu-se de descontar a quantidade de meio fio que não foi executado, salientando que em momento algum houve má fé.

Encaminhado à Procuradoria Geral, foi emitido parecer que pugnou pela notificação da empresa para proceder ao ressarcimento ao erário no valor correspondente a 483,30 m (quatrocentos e oitenta e três metros e trinta centímetros) em razão do pagamento indevido realizado à mesma, face ao erro na medição, fundamentando o ressarcimento no artigo 876 do Código Civil c/c artigo 54 da Lei 8666/93 para evitar o prejuízo ao erário em razão do pagamento indevido e enriquecimento ilícito da contratada.

Ao se manifestar a empresa alegou que a execução da obra se desenvolveu sem ocorrências de vícios, comprovando a boa-fé da contratada durante a vigência contratual. Ao final, reconhece que pequena parte do serviço não foi executada, por ordens do fiscal do contrato, bem como concorda em fazer a devolução do pagamento recebido a maior.

Aos 15 de agosto de 2016 a empresa Zorzal Terraplenagem Ltda efetua a transferência do valor correspondente a RS 27.918,48 (vinte e sete mil, novecentos e dezoito reais e quarenta e oito centavos) ao FDM – Fundo de Desenvolvimento Municipal, conforme comprovam documentos anexos. (doc. 06).

Ocorre que, após o recebimento da notificação deste honrado tribunal de contas verificou-se que as diferenças apontadas pela equipe técnica da municipalidade referente ao assentamento do meio-fio divergem das apresentadas no relatório de fiscalização RF-INS-1/ 2016 sendo que a diferença apresentada pela municipalidade foi de 483,30m e a do relatório RF-INS-1/2016 de 520,75m.

As diferenças apresentadas pelo relatório da fiscalização municipal e o relatório da fiscalização do tribunal de contas, provavelmente ocorreram pelo fato de que os auditores utilizaram uma trena de percurso mecânico, onde o percurso que os mesmos fizeram foi na maioria das vezes uma das laterais da Rua ou avenida, e a fiscalização municipal utilizou uma trena de fita, com duas equipes, uma para cada lateral da rua ou avenida, onde se considerou todas as curvaturas, irregularidades e inclinações dos perímetros do meio fio assentado.

(...)

Acredita-se que tal diferença provavelmente se deu pelo fato de que os auditores do TCEES utilizaram trena de percurso mecânica e o município trena de fita, além do saldo de 3,58 m de glosa definitiva do contrato.

Impende salientar que a divergência encontrada pela municipalidade já foi devidamente ressarcida ao FDM pela Empresa contratada.

A boa-fé da Administração resta evidenciada, pois tão logo verificou o pagamento a maior, instaurou procedimento administrativo para que a empresa contratada, efetuasse a devolução do pagamento realizado a maior, não causando nenhum prejuízo ao erário. Destaque -se antes mesmo de receber qualquer notificação do Tribunal de Contas.

Uma vez que há comprovadamente o ressarcimento ao erário, não que se falar em aplicação de sanção jurídica pelo egrégio Tribunal de Contas, pois esta possui caráter reintegrativo, ou seja, restabelecer a situação jurídica anterior onde se busca uma compensação visando à recomposição patrimonial.

Assim, demonstrada a boa-fé da Administração, bem como a restituição ao Poder Público do valor pago a maior a empresa contratada, com a liquidação tempestiva do débito, claro está o exaurimento da finalidade do TCEES, razão pela qual requer o arquivamento da presente por perda do objeto, com fulcro no artigo 87, § 2Q da LC nº 621/2012.

A área técnica, após analisar as justificativas acima transcritas, entendeu por afastar o indicativo de irregularidade, sendo acompanhada pelo Ministério Público de Contas.

Pois bem.

Observa-se, a partir da análise das justificativas e documentos trazidos aos autos, que o Município de Afonso Cláudio, além de explicar devidamente a diferença na medição existente entre a realizada pela equipe técnica deste Tribunal de Contas e a ocorrida no Relatório de Fiscalização-INS-1/2016, desenvolvido pela própria Municipalidade, procedeu à notificação da sociedade empresária contratada e responsável pela execução dos serviços, a fim de que esta realizasse o ressarcimento ao erário do montante pago e não executado.

Não obstante, em atendimento à notificação expedida pelo Município, em 15 de agosto de 2016, a sociedade empresária contratada Zorzal Terraplenagem Ltda efetuou a transferência do valor correspondente a R\$ 27.918,48 (vinte e sete mil, novecentos e dezoito reais e quarenta e oito centavos) ao FDM – Fundo de Desenvolvimento Municipal, conforme comprovam documentos anexos. (doc. 06).

Assim, evidencia-se que a Administração Municipal, logo que tomou conhecimento da irregularidade (pagamento maior do que o serviço efetivamente executado), adotou os procedimentos cabíveis para sua correção, o que se pode confirmar pelo ressarcimento do valor devido por parte da sociedade empresária contratada, demonstrando boa-fé e evitando qualquer tipo de prejuízo ao erário, motivo pelo qual **acompanho o opinamento técnico e ministerial, e afasto** o presente indicativo de irregularidade.

Por fim, importante destacar que em Parecer, o Ministério Público de Contas opina pela responsabilização da Sra Lucibéria Pagotto Zorzal – Procuradora municipal, com a seguinte conclusão: “uma vez que verificada a emissão de parecer jurídico, na forma do art. 38, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, favorável à licitação, mesmo existindo na minuta do edital cláusula indevida exigindo prova de quitação perante conselho de fiscalização profissional como condição de habilitação. ”

Todavia, deixo de acolher esta sugestão, pois, de acordo com fundamentação apresentada no item 2.2 – Exigência de quitação junto ao CREA para qualificação técnica, afastei a irregularidade por considerar sua exigência imprescindível para a boa execução do contrato.

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

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC-896/2020:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os 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. Manter a seguinte irregularidade:

1.1. 2.3 – Fornecimento de bens por empresa pertencente ao Prefeito – Responsável: Wilson Berger Costa – Prefeito

1.2. – Afastar as seguintes irregularidades:

1.2. 2.1 – Ausência de crédito orçamentário antes da realização da despesa – Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito e Anderson Kuster – Contador

1.2. 2.2 – Exigência de quitação junto ao CREA/CRA para Qualificação Técnica – Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito, Elilda Maria Bissoli – Presidente da CPL e Lucibéria Pagotto – Procuradora municipal

1.2. 2.4 – Superfaturamento – Responsáveis: Wilson Berger Costa – Prefeito, Jonas Caliman Bragatto – Secretário municipal de obras e fiscal do contrato, Lindolfo Hackbart – Engenheiro civil – Fiscal do contrato e Zorzal Terraplanagem e Locações Ltda – Empresa contratada.

1.3. – Rejeitar parcialmente as razões de justificativas do **Sr. Wilson Berger Costa**, com relação ao item **1.1. 2.3** – Fornecimento de bens por empresa pertencente ao Prefeito, aplicando-lhe **multa individual** no valor de **R\$3.000,00** (três mil reais). **Acolher** com relação aos itens **1.2. 2.1** – Ausência de crédito orçamentário antes da realização da despesa, **1.2. 2.2** – Exigência de quitação junto ao CREA/CRA para Qualificação Técnica e **1.2. 2.4** – Superfaturamento

1.4. – Acolher as razões de justificativas do **Sr. Anderson Kuster**, com relação ao item **1.2. 2.1** – Ausência de crédito orçamentário antes da realização da despesa;

1.5. – Acolher as razões de justificativas da **Sra Elilda Maria Bissoli e Sra Lucibéria Pagotto** com relação ao item **1.2. 2.2** – Exigência de quitação junto ao CREA/CRA para Qualificação Técnica;

1.6. – Acolher as razões de justificativas do **Sr Jonas Caliman Bragatto, Sr Lindolfo Hackbart e Empresa Zorzal Terraplanagem e Locações Ltda,** com relação ao item **1.2. 2.4** – Superfaturamento;

1.7. – Dar ciência aos interessados;

1.8. – Após os trâmites regimentais, arquivar os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 09/09/2020 – 25ª 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.

5. Fica o responsável obrigado a comprovar perante o Tribunal o recolhimento do débito e/ou da multa aplicada, no prazo de trinta dias, contados a partir da publicação deste Acórdão, nos termos do art. 454, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal. Quando cabível recurso, os prazos para interposição encontram-se previstos no Título VIII do mesmo diploma normativo.

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 Geral *ad hoc*