



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

**PROCESSO TCM Nº 13305-13 - DENÚNCIA**

**PREFEITURA MUNICIPAL DE VÁRZEA DA ROÇA**

**DENUNCIADO: Sr. EDEMILTON DOS SANTOS RIOS – Gestor**

**DENUNCIANTES: Srs. DANILO SANTOS SALES RIOS, ARIVALDO MAIA DA CRUZ, ODAILTON DE OLIVEIRA RIOS, JAMILSON NUNES ARAÚJO – Vereadores**

**EXERCÍCIO FINANCEIRO: 2013**

**RELATOR: CONS. FERNANDO VITA**

Cuidam os autos de Denúncia ofertada pelos **Srs. DANILO SANTOS SALES RIOS, ARIVALDO MAIA DA CRUZ, ODAILTON DE OLIVEIRA RIOS, JAMILSON NUNES ARAÚJO – Vereadores Municipais**, contra o **Sr. EDEMILTON DOS SANTOS RIOS – Gestor do Município de Várzea da Roça**, versando acerca de diversas irregularidades em sua gestão.

Aponta, em síntese, a existência das seguintes irregularidades:

- Inobservância do intervalo mínimo entre a publicação do aviso de licitação e a efetiva realização do procedimento licitatório no Pregão Presencial nº 012/2013;
- Ilegalidade na contratação do Escritório Aras e Advogados Associados, mediante o Procedimento de Inexigibilidade nº 001/2013, vez que dentre os diversos serviços contratados, inclui-se o de consultoria jurídica na área de Direito Penal Econômico, que constitui serviço de caráter pessoal e privado;
- O objeto da Inexigibilidade nº 004/2013 coincide com o da Inexigibilidade supramencionada;
- Contratação da empresa RCOSTA ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA, através do procedimento de Inexigibilidade nº 003/2013, para prestação de serviços de consultoria e assessoria em gestão pública municipal na área de licitações e contratos públicos, de forma irregular, vez que **“(...) o exercício da atividade de consultoria e assessoria em licitações e contratos constitui consultoria jurídica, atividade que é privativa de advogado (...)”**.
- Irregularidade no Pregão Presencial nº 010/2013, tendo em vista que a empresa vencedora dos lotes 02 e 07 do certame, apresentou certidão negativa de débitos municipais vencida;
- Irregularidade no Convite nº 008/2013, tendo em vista que a empresa vencedora do certame, apresentou certidão negativa de débitos municipais vencida;
- Irregularidades no Pregão Presencial nº 002/2013, vez que a empresa vencedora do certame não apresentou certidão negativa de débito estadual, bem como o atestado de capacidade técnica para a execução do objeto do contrato, face à inexistência de previsão editalícia;

- Irregularidades no Convite nº 001/2013, haja vista a inexistência de parecer contábil, ausência de exigência editalícia de apresentação das certidões municipal, estadual e federal, não apresentação de certidão de regularidade junto ao FGTS por uma das empresas licitantes, bem como indicação de certidão estadual vencida da empresa R.F.T DIAS ME;
- Processos de pagamento nº.s 861, 812 e 1145 com certidões negativas de débitos das empresas contratadas vencidas;
- Destinação desvirtuada de recursos do FUNDEB;
- Habilitação constante nos processos de pagamento não pertencente ao real condutor dos veículos de transporte escolar;
- Operador de máquinas sem habilitação e curso para exercer tal cargo;
- Servidor efetivo gozando de licença prêmio e exercendo cargo de confiança.

Em atendimento ao quanto disposto no inciso LV, do artigo 5º, da vigente Constituição Federal, foi efetivada a notificação do Sr. Gestor, para apresentarem justificativas e/ou esclarecimentos quanto aos fatos, o que restou realizado através o Edital nº **193**, publicado no Diário Oficial do Estado de 19 de setembro de 2013, restando-lhes concedido prazo de 20 (vinte) dias para manifestação.

Atendendo ao chamado da Corte, compareceu o **Sr. EDEMILTON DOS SANTOS RIOS** apresentou, de forma tempestiva, através do expediente protocolizado sob o nº **TCM 15257-13**, as razões de defesa e justificativas que julga necessárias para os fatos denunciados, onde rebateu, cada uma por si, as delações elencadas na inicial.

Em despacho proferido às **fls. 795**, solicitei, **em 10 de outubro de 2013**, o pronunciamento da Assessoria Jurídica que exarou o Parecer DEN – 02314-13, da lavra do Assessor Alessandro Macedo, encartado às fls. 796/810.

Estando o feito em ordem, sem a necessidade de novas diligências, passo a proferir o voto na forma a seguir delineada.

## **VOTO**

Por sua pertinência, utilizarei como base para a formação do convencimento e fundamentação da decisão, o Parecer da Assessoria Jurídica, que ao avaliar o mérito da questão, assim se pronunciou:

“(…)

**I – PREGÃO PRESENCIAL Nº 012/2013”**

Assevera a inicial que quanto ao Pregão Presencial nº 02/2013 “*não fora respeitado o intervalo mínimo entre a publicação do aviso de licitação e a efetiva realização do procedimento licitatório*”, uma vez que o referido certame “*foi publicado no Diário Oficial do Município no dia 20 de maio de 2013 e o pregão foi realizado no dia 28 de maio de 2013*”; o que teria, portanto, contrariado o art. 4º, V da Lei nº 10.520/02.

Alega a defesa que a municipalidade “*fez a contagem sequencial de 08 (oito) dias sem qualquer intenção de contrariar a norma legal*”, sem considerar, portanto, o que seria dia útil ou não.

Neste caso o comando da Lei nº 10.520/02 não traz quaisquer dúvidas, quando determina:

**Art. 4º** A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

**V** - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a **8 (oito) dias úteis**; (grifo nosso)

Desta forma, considerando o prazo de 08 (oito) dias **úteis**, e em face da data de publicação, **20.05.2013**, o prazo para apresentação das propostas findaria em **31.05.2013**, uma vez que o dia 30.05 foi feriado de Corpus Christi; prazo final este não respeitado diante da realização do pregão em **28.05.2013**; **o que denota a irregularidade consignada na inicial, em face do não atendimento ao comando normativo supracitado.**

Cumprе ressaltar que a “*inexistência de dolo ou má-fé*”, assim como o “*excesso de formalidades*”, aventadas pela defesa, não devem ser consideradas diante da *mens legis* preterida pela regra referida, que tem como princípio norteador a Publicidade do Instrumento Convocatório, que “*visa garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos da licitação*”<sup>1</sup>, corolário legal da Transparência e da Isonomia. Em relação à vantajosidade, esposada pela defesa, cumpre observar as sempre concisas palavras do Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO:

o argumento de que a contratação vantajosa é válida, mesmo quando infringente do princípio da isonomia, contém o germe do autoritarismo e representa a abertura da oportunidade para práticas eticamente reprováveis<sup>2</sup>.

**“II – INEXIGIBILIDADES Nº 001, 003 E 004”**

Cuidam as inexigibilidades citadas: “*serviços de consultoria jurídica em matéria de Direito Público, Administrativo, Processo Civil e Direito Penal Econômico*”

1 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 454.

2 Idem.

(nº001/2013), “contratação de pessoa jurídica com notória especialização na área jurídica para a prestação de serviços técnicos especializados de assessoria jurídica nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo, vinculadas à atividade da Prefeitura Municipal de Várzea da Rocha” (nº00/2013) e “contratação de pessoa jurídica com notória especialização para realização de prestação de serviços de consultoria e assessoria em gestão pública municipal na área de licitações e contratos públicos” (nº003/2013).

A defesa, através de esborço doutrinário, enfrenta as razões fáticas e jurídicas das contratações por inexigibilidade, focando a questão da notória especialização dos contratados, porém sem discorrer acerca de outros requisitos.

Em que pese o não enfrentamento supracitado, cabem algumas digressões doutrinárias:

*Ab initio*, cumpre consignar que a contratação direta não teria a permissão concedida pelo art. 25, II da Lei de Licitações, **em face da inexistência da singularidade do objeto**.

A Lei Federal n.º 8.666/93, com as alterações introduzidas pelas de n.º 8.883/94 e 9.648/98, autoriza a contratação direta, ou seja, sem licitação formal, sob a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II, dos serviços profissionais técnicos especializados elencados no art. 13 do mesmo diploma.

E para tal contratação, devem estar presentes, de forma cumulativa, os requisitos da INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, a SINGULARIDADE do serviço e a NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO.

Conforme as precisas lições do professor MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>3</sup>, a INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO, prevista no caput do art. 25 da Lei de Licitações, pode ser delimitada por quatro regras legais, “**pela ausência de pluralidade de alternativas, pela ausência de mercado concorrencial, pela impossibilidade de julgamento objetivo, por ausência de definição objetiva da prestação**”.

*In casu*, a contratação dos escritórios e profissionais citados para a “serviços de consultoria jurídica em matéria de Direito Público, Administrativo, Processo Civil e Direito Penal Econômico” (nº001/2013), “contratação de pessoa jurídica com notória especialização na área jurídica para a prestação de serviços técnicos especializados de assessoria jurídica nas áreas de Direito Constitucional, Administrativo, vinculadas à atividade da Prefeitura Municipal de Várzea da Rocha” (nº00/2013) e “contratação de pessoa jurídica com notória especialização para realização de prestação de serviços de consultoria e assessoria em gestão pública municipal na área de licitações e contratos públicos” (nº003/2013), **não conduz**, de forma inequívoca, à **AUSÊNCIA DE PLURALIDADE DE ALTERNATIVAS**, uma vez os profissionais contratados não representam, face a diversidade de empresas e profissionais no ramo de advocacia militantes nas áreas constitucional e administrativa, os únicos

---

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

profissionais ou empresas, **capazes e disponíveis a apresentarem solução para o caso, ou ainda, os únicos em condições de executar o significativo objeto da prestação, a tornar, por conseguinte, o processo licitatório imprestável.**

Tal prestação, enquadrada no ramo de atividade de advocacia, cujo mercado é deveras amplo, sobretudo no que tange ao exame do objeto contrato, não é marcada pela **AUSÊNCIA DE MERCADO CONCORRENCIAL**, e neste caso colide com o caráter especial e peculiar do serviço, alegado pela defesa.

Quanto a **AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO OBJETIVA DA PRESTAÇÃO** a ser executada, assinala o iminente professor do Direito Administrativo MARÇAL JUSTEN FILHO, que esta hipótese, alcança *“contratações em que o particular assume obrigação cujo conteúdo somente se definirá ao longo da própria execução”*, e ainda, que *“não haveria possibilidade de competição pela ausência de definição prévia das prestações exatas e precisas a serem executadas ao longo do contrato”*<sup>4</sup>, situações estas que **não se aplicam** às contratações sob exame, visto que os objetos dos contratos estão claramente definidos.

Demonstradas as regras gerais justificadoras da **INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO**, se faz necessário enfrentar a questão da restrição a amplitude licitatória, ou seja, a **SINGULARIDADE DO SERVIÇO**, a que se refere o art. 25, II, do Estatuto Federal das Licitações.

Aduz o ilustre professor MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>5</sup> que:

serviço técnico de objeto singular é uma prestação de fazer cuja execução pressupõe a participação se um ser humano cuja habilidade técnica **excepcional** é **indispensável** para satisfazer uma **necessidade estatal diferenciada e incomum** (grifo nosso).

Logo, percebe-se a partir desta definição que não houve nas contratações realizadas pela administração municipal, a ESPECIFICIDADE e SINGULARIDADE requeridas para a adoção do procedimento da inexigibilidade, ou seja, **não se aplicam aos serviços prestados tais requisitos, uma vez que estes se revestem de serviços de natureza comum e rotineira**, não gozando de habilidade técnica excepcional, sendo realizado, perfeitamente, por outras empresas ou profissionais da advocacia ou até mesmo pela Procuradoria Jurídica Municipal.

Desta forma, o resultado obtido na prestação dos serviços supracitados, **não traduz em um trabalho de NATUREZA SINGULAR**, e que requeira, necessariamente, a NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO, esta prevista no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93.

Cabe destacar que a defesa incorre em manifesto equívoco, na medida em que não observa que a causa da inexigibilidade de licitação não é a notória especialização **do sujeito** (o prestador do serviço, no caso). Trata-se de uma decorrência da **SINGULARIDADE DO OBJETO**, ou seja, a notória especialização se caracteriza

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

5 Idem.

pela existência de elementos objetivos de que o sujeito é titular de habilidades **diferenciadas e extraordinárias** para a execução do objeto; conforme assevera CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>6</sup>, de que “*seu desempenho demande uma qualificação incomum*”.

Logo, a irregularidade cometida pelo gestor, conforme alhures, da dispensa indevida de processo licitatório, **revela de forma contumaz, a inobservância daquele, ao que dispõe o art. 10, VIII da Lei de Improbidade Administrativa – LIA (“VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”)**, bem como atentou contra os princípios da administração pública violando os deveres de **HONESTIDADE, IMPARCIALIDADE, LEGALIDADE, e LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES, mais notadamente ao que revela o inciso I:**

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

I - **praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento** ou diverso daquele previsto, na regra de competência”; (grifo nosso)

Em que pese a redação do dispositivo não seja a mais apropriada, por não contemplar, de forma categórica, os princípios basilares elencados no art. 37, caput, da Carta Magna (LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA), o fato de constar a violação da legalidade, **como ocorrerá in casu sub examen**, conduz de forma irrefutável, a transgressão dos demais princípios, que condicionam, limitam e vinculam a atuação dos agentes públicos.

Por conseguinte, ao cometer a irregularidade retromencionada e infringir os princípios supracitados, o gestor atua em inobservância ao interesse público, excedendo suas faculdades administrativas ou atuando no âmbito de sua competência, mas com desvio de poder, na direção do que afirma HELY LOPES MEIRELES<sup>7</sup>:

“O desvio de finalidade ou de poder é, assim, **a violação ideológica da lei**, ou, por outras palavras, **a violação moral da Lei**, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou **utilizando motivos e meios imorais para a prática não queridos pelo legislador ...**” (grifo nosso)

**Os princípios constitucionais estatuídos no art. 37 da CARTA DE DIREITOS, mais notadamente, o Princípio da LEGALIDADE, não podem ser afastados, diante da supremacia formal, material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios, desfrutadas pela Constituição de 1988. E nesta direção, cumpre assinalar as célebres lições do eminente Prof. Luís Roberto Barroso<sup>8</sup>:**

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Melhoramentos: 2011.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 30 ed. São Paulo:Malheiros.

8 BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.



Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. **Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior** passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. (grifo nosso)

### **“III – PREGÃO PRESENCIAL N° 010/2013”**

A inicial cita como irregularidade do referido certame:

A irregularidade se faz patente uma vez que a empresa vencedora dos lotes 02 e 07 da licitação, P&A Comércio de Produtos Químicos e Saneantes Ltda, **APRESENTOU CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS MUNICIPAL VENCIDA!!!** (grifos originais)

De forma genérica, a defesa aduz:

Se tais ocorreram, os mesmos não se revestem de má-fé, tampouco causaram qualquer dano ao erário ou enriquecimento sem causa, pois todos os serviços foram efetivamente prestados em plena conformidade com o que foi contratado e com o interesse público.

Conforme documento apensado aos autos pela própria defesa, às fls. 308, **a certidão, de fato, se encontrava vencida**, em que pese as demais declarações, junto aos órgãos fazendários, previdenciários e judiciais (fls. 309/313), sinalizarem para a inexistência de débitos junto aos respectivos órgãos. Cumpre pontuar que conforme documentação apresentada, fls. 434, **por força do pagamento da fatura, realizada a posteriori**, a empresa vencedora emitiu nova Certidão Negativa de Tributos.

**Logo, o erro, indubitavelmente ocorrera, e mais uma vez asseverando, em que pese a irregularidade não seja capaz de inviabilizar, de per se, o certame, não é possível o afastamento da irregularidade, através da simples alegação de que “não houve prejuízo ao erário” ou até mesmo “em função da falibilidade humana”.**

### **“IV – CONVITE N° 008/2013”**

A peça acusatória aventa como irregularidade do referido certame, em detrimento ao que preconiza o art. 29, III do Estatuto das Licitações:

**A empresa WNAVISSON RIOS SOUZA NÃO APRESENTOU CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS MUNICIPAIS e, mesmo assim, foi sagrada vencedora da licitação, de modo irregular.** (grifos originais)

O não enfrentamento pela defesa com o fito de afastar a irregularidade/pendência documental avertida na inicial, apenas restringindo-se o defendente em alegar de

forma genérica a “possibilidade de ocorrência erro humano ou de ausência de dano ao erário ou enriquecimento sem causa”, **nos conduz ao entendimento que *in casu*, se atrai a presunção de verdadeiros os fatos contidos na inicial, conforme inteligência do art. 319 do Diploma Civil.**

Apraz ressaltar, quanto à necessidade de uma instrução mais adequada, o que determina a Lei Estadual nº12209/11, “*que dispõe sobre o processo administrativo, no âmbito da Administração direta e das entidades da Administração Indireta, regidas pelo direito público*”, em seu art. 8º:

**São deveres do administrado perante a Administração**, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

III - prestar informações e **apresentar documentos que lhe forem solicitados**, bem como colaborar para o esclarecimento dos fatos;” (grifo nosso)

O TCM/BA, portanto, garantiu ao gestor a oportunidade presente no TRINÔMIO: **INFORMAÇÃO-REAÇÃO-PARTICIPAÇÃO**, extraída de uma nova corrente no Direito Processual pátrio, que tem como um de seus defensores Maria Elizabeth de Castro Lopes, que assevera:

o diálogo deve ser estabelecido entre todos os integrantes da relação jurídica processual, ou seja, entre as partes e o juiz, uma vez que a perfeita comunicação se concretiza por meio da interação aberta e franca entre seus integrantes<sup>9</sup>.

Pelos motivos acima enfrentados, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, buscou através dos recursos previstos no seu Regimento Interno e na Resolução TCM nº 1225/06, possibilitar ao gestor do Legislativo Municipal, o exercício de maneira apropriada, da oportunidade de contrapor-se aos fatos aduzidos, em consonância às prerrogativas constitucionais previstas no artigo 5º., inciso LV, que aduz “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes***”; e desta forma proporcionar ao mesmo os benefícios processuais concedidos constitucionalmente, que constituem o “*ciclo de garantias processuais*” a que se refere o prof. José Afonso da Silva<sup>10</sup>, composto pela plenitude da DEFESA E O CONTRADITÓRIO, do DIREITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, e do ACESSO À JUSTIÇA, todos amparados pela Carta Magna.

Logo, o defendente, diante do fora aventado na peça de defesa, que se situa apenas no plano de justificativas genéricas, não ofereceu elementos materiais que possibilitem a análise e reversão do quanto aduzido na inicial, não exercendo seu direito de ampla produção de provas, o que nos leva a indubitável **conclusão que o**

9 NETO, Olavo de Oliveira e LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **Princípios processuais civis na Constituição**. Campus Jurídico.

10 SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros Editores, 2007.



**TCM/BA, buscou a efetivação dos princípios da AMPLA DEFESA e do CONTRADITÓRIO, garantidores de direitos, que têm como essência evitar que ocorram condenações sem direito de defesa plausível, coerente e justa; na direção, portanto, da consolidação do Estado Democrático de Direito e da máxima efetividade da CARTA MAGNA.**

**Em que pese o não enfrentamento da irregularidade na peça de defesa, compulsando os autos, verifica-se que a Certidão Negativa de Tributos Municipais, apensada às fls. 711 dos autos, apresenta a data de emissão, de 01.10.2013, meses após à data descrita no Edital de Licitação (fls. 630/640), 14.03.2013; o que não afasta a irregularidade suscitada na exordial.**

**“V – PREGÃO PRESENCIAL N° 002/2013” / “VI – CONVITE N° 001/2013”**

A peça acusatória, quanto aos referidos certames, suscita a seguinte irregularidade:

PREGÃO PRESENCIAL N° 002/2013

[...] Assim o edital de licitação não exigiu como requisito de habilitação a apresentação da certidão negativa de débito estadual, de sorte que a empresa contratada não apresentou tal certidão vez que o edital não a exigia.

Outrossim, também não se exigiu atestado de capacidade técnica para a execução do objeto do contrato, o que não é de se admitir, vez que se trata de um contrato vultoso.

CONVITE N° 001/2013

[...] Foram verificadas algumas irregularidades: o parecer contábil está em branco, não indicando se há disponibilidade de recursos financeiros; o instrumento convocatório não exige a apresentação das certidões municipal, estadual e federal; a empresa SCHWEITZER INFORMATIVA LTDA não apresentou certidão de regularidade junto ao FGTS; a empresa R.F.T. DIAS ME apresentou certidão estadual vencida.

Mais uma vez de forma **genérica**, o gestor, no item “2” da peça de defesa, mais notadamente quanto ao trecho deste, descrito na fls. 43 dos autos, alega:

[...] meros erros formais desprovidos da mínima gravidade e incapazes de gerar qualquer dano ao interesse público, tampouco macular os procedimentos licitatórios que devem ter como finalidade a busca pelas propostas mais condizentes com o referido interesse público, e não o apego exacerbado ao formalismo que por vezes torna inviável a materialização de tais interesses”.

Todavia, perscrutando os autos, verifica-se que:

- em relação ao PREGÃO PRESENCIAL N° 002/2013, de fato, o edital consignado às fls. 137/146 não contempla como requisito de habilitação “a apresentação da certidão negativa de débito estadual”, como também o “atestado de capacidade



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia  
*técnica para a execução do objeto do contrato”, contrariando o comando  
estatuído na Lei de Licitações, arts. 29, III e 30, I, respectivamente.*

– quanto ao CONVITE N° 001/2013 (fls. 557/564), o edital não prevê a apresentação das certidões municipal, estadual e federal, **contrariando mais uma vez o art. 29, III do Estatuto das Licitações**. Quanto ao não encaminhamento pela empresa SCHWEITZER INFORMATIVA LTDA da certidão de regularidade junto ao FGTS; assim como a apresentação da certidão estadual vencida pela empresa R.F.T. DIAS ME (fls. 608), compulsando os autos, verifica-se que as referidas pendências se mantêm; **não alterando, desta forma, o cenário de irregularidade esposado na inicial.**

–

#### **“VII – DOS PAGAMENTOS ÀS EMPRESAS COM CERTIDÕES VENCIDAS”**

Os denunciantes relatam que *“no município de Várzea da Roça estão sendo realizados pagamentos sem observância da validade das certidões negativas de débitos das empresas contratadas”,* e finalizam os edis:

[...] Assim, podemos observar que: a) o processo de pagamento n° 861 se encontra com diversas certidões vencidas; b) o processo de pagamento n° 912 (empresa Gerusa Oliveira Nascimento ME) também está com certidões vencidas; c) no processo de pagamento n° 1145 a empresa contratada também apresenta certidões vencidas (pagamento de merenda escolar).

Perde o gestor a oportunidade de contrapor-se e apresentar provas que afastem o quantum aduzido na inicial, trazendo na sua resposta os genéricos argumentos:

[...] Anote-se mais uma vez que não se tem ciência dos fatos narrados pelos representantes. **Todos os pagamentos são feitos em função da efetiva prestação do serviço contratado e da manutenção das condições estabelecidas como requisito de habilitação nos certames licitatórios. Caso tais fatos sejam detectados, serão imediatamente corrigidos, evitando-se, sob quaisquer aspectos, qualquer tipo de lesão aos interesse e patrimônio do município de Várzea da Roça.**

Desta forma, o gestor não conseguiu afastar as irregularidades aventadas na peça inaugural.

#### **“VIII – DESTINAÇÃO DESVIRTUADA DE RECURSOS DO FUNDEB”**

A irregularidade que se encontra descrita na denúncia, traz os seguintes elementos fático jurídicos:

Conforme se nota no processo de pagamento n° 1045, a prefeitura municipal de Várzea da Roça tem utilizado o recurso do FUNDEB de modo indevido, ou melhor, de modo desvirtuado.

[...] Ocorre que, **a prefeitura municipal tem feito pagamento de pães para os policiais usando recurso do FUNDEB 40**, despesa esta que em nada se relaciona com a manutenção e desenvolvimento do ensino, logo, aplicada de modo ilegal, violando a legislação regente. (grifo nosso)

A defesa apresenta às fls. 765/770, contrato com o fornecedor, Processo de Pagamento n° 1045 acompanhado de respectiva nota fiscal com o fito de comprovar que a alegação de desvio de finalidade, suscitada pela defesa, não merecer prosperar.

Todavia, analisando o processo de pagamento verifica-se de maneira inequívoca, que a conta utilizada para quitação do débito com o fornecedor, no valor de R\$675,00, foi, de fato, a conta do MDE – Manutenção de Desenvolvimento do Ensino; **fato este, ratificado através do lançamento do empenho/pagamento, pela própria administração municipal, no Sistema SIGA, conforme documento extraído deste e apensado a este opinativo jurídico.**

Desta forma, em face dos fatos acima citados, **fica claro que houve utilização de recursos do MDE em despesa não relacionada a manutenção e desenvolvimento do ensino, não assistindo razão as alegações contidas na peça de defesa.**

#### **“IX – HABILITAÇÃO CONSTANTE DOS PROCESSOS DE PAGAMENTO NÃO PERTENCE AO REAL CONDUTOR DOS VEÍCULOS DE TRANSPORTE ESCOLAR”**

De forma recorrente, a defesa utiliza do seu direito assegurado constitucionalmente, para trazer argumentos genéricos e subjetivos, sem atacar o mérito do *quantum* denunciado, ou até mesmo sem promover a colação de provas que demonstrem a improcedência dos fatos mencionados na inicial.

Quanto a irregularidade *sub examinem* não foi diferente, não produzindo prova que comprove o contrário, a defesa aduz:

[...] De fato não assiste razão às alegações suscitadas pelos representantes. A prefeitura de Várzea da Roça tem se empenhado constantemente em fiscalizar a regularidade no cumprimento dos contratos firmados pela municipalidade.

[...] Em sendo averiguado e constatado que os contratados descumpriram, em qualquer aspecto, as normas contratuais, a prefeitura de Várzea da Roça tomará de imediato as medidas necessárias ao saneamento das irregularidades, punindo

exemplarmente os contratantes que porventura tenham adotado comportamento incompatível com o que se espera da outra parte em uma relação contratual.

Logo, as medidas necessárias para a correção de **“comportamento incompatível com o que se espera da outra parte em uma relação contratual”** se revela imprescindível; todavia o que se espera da administração municipal é que em um processo de denúncia, a defesa apresente fatos e documentos que comprovem a inexistência da irregularidade, e a administração municipal, mais uma vez, se furtou a apresentá-los, se resumindo a apresentar um conglomerado de informações que se revestem em apenas em medidas de gestão para melhor tratamento da *res pública*.

#### **“X – OPERADOR DE MÁQUINAS SEM HABILITAÇÃO”**

Não identificamos nos autos, a comprovação pela administração municipal das **“qualificações técnicas necessárias ao desempenho dos serviços”** do contratado mencionadas na peça de defesa, **o que não altera a pendência suscitada na inicial.**

#### **“XI – SERVIDOR EFETIVO GOZANDO LICENÇA-PRÊMIO E EXERCENDO CARGO DE CONFIANÇA”**

Alega os denunciantes que:

O servidor Orlando Pacheco, professor municipal, está gozando de licença prêmio, e, ainda assim, exerce cargo de confiança como controlador interno no município, conforme é possível aferir nos processos de pagamento n° 894 e 925.

Afasta a irregularidade acima aventada, aduzindo a defesa a legalidade esculpida na CARTA MAGNA, no art. 37, XVI, que autoriza a acumulação de cargos, sendo um de professor e outro técnico ou científico, como *in casu sub examinem*, desde que haja compatibilidade de horários, requisito este não trazido à discussão, pelos denunciantes.

**Desta forma, à luz dos elementos fático-jurídicos arrolados na Denúncia, e da autorização constitucional supracitada, não merece prosperar o aspecto da irregular acumulação de cargos, consignada na exordial.**

#### **CONCLUSÃO - a síntese possível e necessária**

Em consonância com os fatos e fundamentos jurídicos acima expendidos, e em atenção à solicitação do Relator do processo, manifestamo-nos pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente Denúncia, **posto que a defesa apenas desconstituiu a irregularidade consignada na inicial, quanto a irregular acumulação de cargos. (...)**

Forte nestes argumentos, acolhidos em sua integralidade, conclui-se pela existência de irregularidades nos procedimentos adotados pelo Gestor, resultando na violação da grande maioria dos preceitos legais indicados na peça de ingresso, com a consequente necessidade de imputar multa ao Gestor responsável, em razão da vulneração aos princípios que dimanam do art. 37 da Constituição Federal.

Neste sentido, resta consignado no Parecer suso transcrito que, muito embora tenha sido devidamente realizada a publicação do aviso de licitação, o intervalo mínimo exigido no art. 4º, inciso V da Lei nº. 10.520/02, não foi respeitado, vez que o procedimento licitatório ocorreu apenas 08 dias **corridos** após a publicação do edital.

Cumprido mencionar que tal falha, **não pode ser caracterizada como um equívoco meramente formal**, tendo em vista que maculou a divulgação do procedimento licitatório, bem como o princípio da isonomia, de modo a não garantir a participação de qualquer interessado no Pregão em apreço.

**Portanto, resta cristalino a ofensa ao princípio constitucional da legalidade, de modo a macular o Pregão Presencial nº 012/2013.**

Além disso, da análise dos autos, percebe-se que o Parecer elaborado pela Assessoria Jurídica desta Corte confirmou a existência **da maioria** dos fatos denunciados, notadamente ante a ausência de provas colacionadas pelo denunciado, a fim de negar a existência das delações.

Desse modo, registra-se que, de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo administrativo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto ao fato modificativo, extintivo ou impeditivo daquele direito.

Importante trazer à baila o entendimento do doutrinador processualista Alexandre Freitas Câmara:

*“Pode-se, pois, dizer o seguinte: Incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. O réu, por sua vez, poderá assumir dois ônus: o de provar a inexistência de tal fato (prova contrária ou contraprova), ou de – admitindo o fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor.”* (CAMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro. Ed. Lúmen Júris, 2003)

Assim, as alegações do denunciante só poderão ter consistência se forem provadas; **assim também o denunciado, ao defender-se, e, ao fazer afirmações em sentido contrário, arcará com o ônus de provar os fatos por ele declarados.**

Neste contexto, às supostas irregularidades existentes nos **Procedimentos de Inexigibilidade nºs. 001, 003 e 004**, não foram devidamente rebatidas pelo denunciado,

em matéria de defesa, de forma a sustentar, tão somente, a notória especialização dos contratados.

**Todavia, compulsando-se os documentos colacionados aos autos, é evidente que, há, de fato, identidade parcial dos serviços contratados através dos Procedimentos de Inexigibilidade n.ºs 001, 003 e 004.**

O contrato pactuado com BRUNO TÍNEL DE CARVALHO dispõe na sua cláusula 1º o seu objeto, conforme se vislumbra abaixo:

“(…) CLÁUSULA I – OBJETO – Execução de serviços técnicos especializados na área jurídica para prestação de serviços técnicos especializados de assessoria e consultoria jurídica nas áreas de direito constitucional, administrativo, vinculadas à atividade da Prefeitura Municipal, conforme o Processo Inexigibilidade n.º. 004/2013 e compreendendo:

- Elaboração e Análise de minutas de contratos, acordos e convênios.
- Elaboração e atualização de Leis de iniciativa privativa do Executivo e Decretos.
- Emissão de pareceres.
- Defesa administrativa junto aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta da União.
- Análise jurídica para os procedimentos licitatórios em geral.
- Resposta a Consultas mediante Emissão de Pareceres.
- Representação e Defesa Judicial dos direitos e interesses da CONTRATANTE, como autora ou ré, incluída a propositura de ações.
- Defesa administrativa junto aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta da União ou do Estado, bem como defesa da CONTRATANTE junto às Contas de Contas – TCM e TCU(…)”.

Por lado oposto, conforme elucidado às fls. 31 pelo denunciado, o objeto da Inexigibilidade n.º. 001/2013 compreende a **“(…) prestação de serviços de consultoria jurídica em matéria de direito público, nas áreas de direito constitucional, administrativo, processo civil e direito penal econômico (…)”**.

**Neste contexto, resta evidente a similitude dos objetos contratados, de modo a indicar uma sobreposição de contratos com o mesmo objeto.**

Por consequência lógica, o fato de existirem dois contratos com objetos semelhantes, torna **inequívoca** a impossibilidade de proceder com a contratação direta das empresas supramencionadas, de forma a ser perfeitamente possível a realização de procedimento licitatório, **face a viabilidade de competição existente no mercado.**

No mesmo caminho, cumpre ressaltar que a empresa **RCOSTA ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.** não poderia ter sido contratada para prestar serviços de consultoria e assessoria em gestão pública municipal na área de licitações e contratos públicos, vez que, conforme disposição expressa no art. 1º, inciso II, do Estatuto da



Ordem dos Advogados do Brasil<sup>11</sup>, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas são privativas de advogados.

**Portanto, a empresa suso citada, não poderia prestar tais serviços, vez que os mesmos abrangem a área de Direito Administrativo, portanto, atividade tipicamente jurídica, sendo, portanto, uma atribuição privativa de advogados.**

Ademais, muito embora o denunciado tenha suscitado, em matéria de defesa, que a apresentação de Certidões Negativas de débitos municipais **vencidas** no Pregão Presencial n° 010/2013 e no Convite n°. 08/2013 constituam erros meramente formais, resta flagrante a violação aos ditames legais.

Além disso, a inexistência de previsão editalícia no Pregão Presencial n° 002/2013 acerca da exigência da apresentação de certidão negativa de débito estadual, bem como do atestado de capacidade técnica para a execução do objeto contratado, não configura apenas erro formal, vez que viola diretamente o disposto nos arts. 29, inciso III e 30, inciso I da Lei de Licitações.

No mesmo sentido o Convite n° 001/2013 não prevê a entrega, no momento da habilitação dos licitantes, das certidões municipal, estadual e federal, de forma a violar, novamente, os artigos referenciados.

Cumprе mencionar que a ausência de certidão de regularidade perante ao FGTS por parte de uma empresa licitante, bem como a apresentação de certidão estadual vencida por outra participante do certame, no Convite em comento, constituem também irregularidades.

Ressalta-se que no que se refere à delação acerca da realização de pagamentos, através dos Processos de Pagamentos n°s. 861, 812 e 1145 com certidões vencidas, não houve desconstituição da acusação pela defesa, de forma que as provas juntadas aos autos pelos denunciantes são hábeis a sustentar tal irregularidade.

De se notar também que houve, de fato, destinação desvirtuada dos recursos oriundos do FUNDEB, tendo em vista que, de acordo com os documentos de fls. 765/77, apresentados pela defesa, o pagamento com o fornecedor de pães, foi realizado através da conta do MDE – Manutenção de Desenvolvimento do Ensino, de modo a restar cristalina a irregularidade.

---

11Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Portanto, conforme indicado no próprio SIGA (fls. 811) recursos oriundos do MDE – Manutenção de Desenvolvimento do Ensino, no valor total de **R\$ 675,00 (seiscentos e setenta e cinco reais)** foram utilizados para pagamento de despesas não relacionadas com a manutenção e desenvolvimento do ensino, montante este que deverá retornar à conta do FUNDEB.

Por via oblíqua, no que tange à delação acerca da divergência entre a habilitação constante nos processos de pagamentos e o real condutor dos veículos de transporte escolar da localidade, resta claro que o denunciado não logrou em rebater tal acusação, de modo a apenas sustentar que ***“(...) a Prefeitura de Várzea da Roça tem atuado incessantemente no sentido de fiscalizar e coibir qualquer prática irregular nos serviços prestados à mesma (...)”***.

Nesta senda, o denunciado não produziu qualquer espécie de prova hábil a comprovar a inexistência de divergência entre as habilitações indicadas nos processos de pagamentos e as efetivamente existentes, de forma que, entende-se pela procedência da irregularidade em questão.

No mesmo sentido, inexistente nos autos, comprovação acerca das qualificações técnicas necessárias para o desempenho de atividades de operador de máquinas, não restando outra alternativa, a não ser a procedência de tal delação.

Noutro giro, entendo que os argumentos aduzidos pelo denunciado, no que diz respeito à regularidade da licença prêmio gozada por servidor efetivo que exerce também cargo de confiança, merecem prosperar, vez que há um permissivo constitucional (art. 37, inciso XVI), autorizador do caso em análise, vez que torna possível a acumulação de cargos, sendo um de professor e outro técnico ou científico, desde que haja compatibilidade de horários.

**Por tais razões, resulta da análise dos fatos articulados no presente expediente (notadamente do entendimento firmado em torno do assunto, sedimentado em decisões já tomadas em outros processos idênticos por essa Corte de Contas), a aferição das irregularidades e a necessidade de ser aplicada punição ao Gestor, em função do ato praticado em desarmonia com o princípio da legalidade.**

**Como não se tem notícia acerca da não realização de parte dos serviços expostos na exordial, deixa-se de determinar o ressarcimento do montante total despendido.**

**Todavia, por ter sido constatado que recursos provenientes do MDE – Manutenção de Desenvolvimento do Ensino foram utilizados para despesas não relacionadas com a manutenção e desenvolvimento do ensino, deverá ocorrer o cabível ressarcimento com recursos do Município à conta do FUNDEB, cujo valor total corresponde a R\$ 675,00 (seiscentos e setenta e cinco reais).**



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

**Em razão destes fatos, adverte-se o Gestor para que providencie o estrito cumprimento à determinação legal no que se refere à formatação dos contratos futuros, adequando-se, sempre e em qualquer hipótese, aos princípios constitucionais emanados do art. 37 da Magna Carta.**

Face a todo o exposto, vota-se com arrimo no inciso XX do art. 1º da Lei Complementar nº 06/91, combinado com o art. 3º e §1º do art. 10, da Resolução TCM nº 1225/06, pelo **conhecimento e PROCEDÊNCIA PARCIAL da Denúncia - Processo TCM nº 13305-13**, apresentada contra o **Sr. EDEMILTON DOS SANTOS RIOS – Gestor Municipal**. Em razão do ilícito praticado, imputa-se ao Denunciado, **a multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, a ser recolhida ao erário municipal, na forma estabelecida na Resolução TCM nº 1.124/05, sob pena de se adotar as medidas preconizadas no art. 74 da multicitada Lei Complementar. Tal cominação se não for paga no prazo devido, será acrescida de juros legais.

**Além disso, não fazendo o Gestor e efetiva prova de que o valor correspondente a R\$ 675,00 (seiscentos e setenta e cinco reais) foi utilizado para a finalidade prevista em Lei, deverá promover a sua devolução, com recursos municipais, à conta do FUNDEB.**

Cópia deste decisório aos interessados, à competente Coordenadoria de Controle Externo para acompanhamento e **à Prestação de Contas da Prefeitura Municipal de Várzea da Roça, exercício financeiro de 2013, para repercussão de seus efeitos.**

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA, EM 11 DE FEVEREIRO DE 2014.

**Cons. FERNANDO VITA  
RELATOR**

Este documento foi assinado digitalmente conforme orienta a resolução TCM nº01300-11. Para verificar a autenticidade deste, vá na página do TCM em [www.tcm.ba.gov.br](http://www.tcm.ba.gov.br) e acesse o formato digital assinado eletronicamente.