ACÓRDÃO DA 1ª CAMARA	:	**AC01-G.JRPC-746/2014**
PROCESSO TC/MS	:	TC/1661/2006
PROTOCOLO	:	835729
ÓRGÃO	:	PREFEITURA MUNICIPAL DE CASSILÂNDIA
RESPONSÁVEL	:	JOSÉ DONIZETE FERREIRA FREITAS
CARGO DO RESPONSÁVEL	:	EX-PREFEITO MUNICIPAL
ASSUNTO DO PROCESSO	:	CONTRATO N. 4/2006
RELATOR	:	CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL

EMENTA

CONTRATO ADMINISTRATIVO – PROCEDIMENTOS LICITATÓRIO E DE FORMALIZAÇÃO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL – IRREGULARIDADE

São irregulares os procedimentos de licitação e de formalização do instrumento contratual, por meio dos quais não hajam sido cumpridos os requisitos da lei.

EXECUÇÃO FINANCEIRA DA CONTRATAÇÃO – DESARMONIA ENTRE OS DOCUMENTOS DA DESPESA – IRREGULARIDADE

Na execução financeira da contratação, a desarmonia entre os valores da despesa apresentados (empenho, liquidação e pagamento) caracteriza vício, que ocasiona a declaração de irregularidade do procedimento.

INFRAÇÃO – PENALIDADE

Caracterizada a infração, ao seu autor deve ser infligida a penalidade apropriada ao comportamento ilícito.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 15ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 9 de setembro de 2014, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em:

I - declarar a irregularidade dos procedimentos de licitação (Concorrência n. 3/2005) e de formalização do Contrato n. 4/2006, celebrado entre o Município de Cassilândia e a empresa Auto Posto Petrobrás Ltda., considerando que, conforme descrito nas razões do voto:

a) no tempo da realização da licitação e da celebração do Contrato, o Sr. Waldomiro José Cotrim Moreira, então Secretário Municipal de Finanças de Cassilândia, possuía 70% (setenta por cento) do capital social da empresa contratada – Auto Posto Petrobras Ltda. –, conforme consta no documento da pág. 29 dos autos;

b) pelo fato descrito na alínea ***a*** devia ter sido observada – por ambas as partes envolvidas nos procedimentos de licitação e de contratação – a regra do art. 9º, III, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, que, restritivamente, vedava:

1. à empresa Auto Posto Petrobras Ltda. de participar do certame licitatório e, principalmente, de ser declarada vencedora da licitação realizada;

2. ao gestor da Administração municipal de Cassilândia de declarar vencedora da licitação a empresa Auto Posto Petrobras Ltda., que tinha como seu sócio majoritário (com 70% do capital social) o Secretário Municipal de Finanças, e, principalmente, de contratar a referida empresa para o fornecimento de combustíveis;

c) sem prejuízo dos efeitos jurídicos dos termos dispositivos inscritos nas alíneas ***a*** e ***b***, **1** e **2**, a desarmonia entre os valores da contratação (R$ 2.468.900,00), do total empenhado (R$ 434.394,94), do total da despesa liquidada (R$ 444.436,86) e do total dos pagamentos realizados (R$ 436.983,56), também caracteriza irregularidade injustificável e demonstrativa de descontrole administrativo;

d) a diferença de valores entre o total dos pagamentos realizados (R$ 436.983,56) e o total empenhado (R$ 434.394,94) demonstra que foi realizado pagamento no valor de R$ **2.588,62** (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais e sessenta e dois centavos) sem a cobertura de prévio empenho (436.983,56 – 434.394,94 = 2.588,62), contrariando assim a regra do art. 60 da Lei (federal) n. 4.320, de 17 de março de 1964, que expressamente veda "*a realização de despesa sem prévio empenho*";

II - dar como fundamento para a declaração de irregularidade inscrita nos termos dispositivos do inciso **I**, ***a***, **b**, **1** e **2**, ***c*** e ***d***, a regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012;

III - aplicar multa equivalente ao valor de 250 (duzentas e cinquenta) UFERMS ao Sr. José Donizete Ferreira Freitas - CPF n. 086.340.841-91, que na época dos fatos relatados ocupava o cargo de Prefeito Municipal de Cassilândia, pela prática das irregularidades e, consequentemente, pelo cometimento das infrações descritas nas razões do voto e sintetizadas no inciso **I**, ***a***, **b**, **1** e **2**, ***c*** e ***d*** , dando como fundamento da sanção as regras dos arts. 21, X, 41, *caput*, 42, IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

IV - assinalar que o valor da multa aplicada pelos termos dispositivos do inciso **III** deve ser pago em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação deste Acórdão no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul-DOTCE/MS, consoante as regras dos arts. 50, I, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, observado o disposto nos arts. 99 e 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno.

Campo Grande, 9 de setembro de 2014.

Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral - Relator

RELATÓRIO

Aprecia-se nestes autos os procedimentos licitatório e de formalização e execução do Contrato n. 4/2006, celebrado entre Município de Cassilândia e a empresa Auto Posto Petrobrás Ltda.

Seguidos os trâmites processuais cabíveis, com as devidas notificações, o Corpo Técnico da 1ª Inspetoria de Controle Externo apreciou a documentação dos autos e manifestou-se pela irregularidade e ilegalidade dos procedimentos licitatório e de formalização e execução do contrato supracitado, conforme descrito na Análise Conclusiva n. 1251/2014 (f. 1492/1494).

Instado a se manifestar, o douto representante ministerial opinou pela irregularidade das fases em apreço, posicionando-se no seguinte sentido (Parecer 7052/2014–f. 1496/1498):

> *"I – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE do procedimento licitatório, com lastro nas disposições constantes no art. 120, inciso I da Resolução Normativa TC/MS n. 076 de 11 de dezembro de 2013.*
>
> *II – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE da formalização do Contrato Administrativo n. 004/2006, com lastro nas disposições constantes no art. 120, inciso II da Resolução Normativa TC/MS n. 076 de 11 de dezembro de 2013.*
>
> *III – Pela ILEGALIDADE e IRREGULARIDADE dos atos praticados no decorrer da execução do Contrato Administrativo nº 004/2006, com lastro nas disposições constantes no art. 120, inciso III e suas alíneas da resolução normativa TC/MS 76/2013.*
>
> *IV – Pela APLICAÇÃO DE MULTA ao responsável, pela prática de ato com grave infração à norma legal, com lastro no artigo 42, inciso IX c/c artigo 44, I, ambos da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2 de janeiro de 2012.*
>
> *V – Pela IMPUGNAÇÃO do valor de R$ 2.588,62 (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais e sessenta e dois centavos), em razão da realização de despesa sem prévio empenho."*

É o Relatório.

V O T O

Examinando os aspectos que circundam as fases dos procedimentos licitatório e de formalização e execução contratual, verifico que todas elas deixaram de atender às exigências legais que disciplinam a questão.

No tempo da contratação, o Sr. Waldimiro José Cotrin Moreira, então Secretário de Finanças do Município de Cassilândia, possuía 70% do capital da empresa contratada (Auto Posto Petrobrás Ltda- pág. 29), característica essa que impossibilitava a contratação da empresa com o poder público municipal.

Reza o art. 9º, III, da Lei 8.666, de 1964 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 mandamento legal supra citado trouxe o impedimento à possibilidade de contratar, em razão da condição da pessoa contratada, justamente para defender e dar materialidade aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Ensina brilhantemente o doutrinador Marçal Justen Filho[1] que:

"A única explicação para a vedação legal reside no risco de o sujeito interferir sobre a probidade do certame ou estabelecer condições infringentes da isonomia. Enfim e como visto, haveria risco de benefícios indevidos –"indevidos" no sentido de que o servidor ou dirigente poderia influenciar a fixação das cláusulas da licitação ou do contrato, de molde a obter condições mais vantajosas na disputa.

(..)

Daí a conclusão de que o princípio da moralidade exige afastar-se objetivamente o risco de comprometimento da seriedade da licitação e da probidade da execução do contrato. Daí deriva a aplicação do disposto no art. 9º também aos contratos cujo objeto não seja nem obra nem serviço."

No caso em exame, o ato celebrado pelas partes feriu gravemente os princípios da administração pública e o mandamento legal, pois contratou, mesmo que indiretamente, o Sr. Waldimiro osé Cotrin Moreira.

Ainda que o Sr. Waldimiro José Cotrin Moreira não estivesse à frente da administração da empresa contratada, como defende o gestor, tal fato não o absolveria, pois essa não é característica determinante para afastamento da regra.

E tanto isso é verdadeiro que o próprio representante legal da empresa contratada solicitou à Prefeitura a rescisão amigável do contrato (pág. 371), tendo sido ela aceita e o contrato rescindido no dia 9 de maio de 2006 (pág. 375).

Outra questão a ser abordada diz respeito aos pagamentos realizados pela Prefeitura Municipal em quantia acima do valor empenhado.

A execução da despesa ocorreu nos seguintes moldes:

Valor do Contrato:	R$ 2.468.900,00
Total Empenhado:	R$ 434.394,94
Despesa Liquidada:	R$ 444.436.86
Pagamentos:	R$ 436.983,56

[1] JUSTEN FILHO, MARÇAL.Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 160.

Assim, fica demonstrado no quadro acima que houve o pagamento no valor de R$ 2.588,62 (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais) sem a emissão do respectivo empenho complementar.

E desse modo, o gestor municipal não se ateve às regras estabelecidas pela Lei Federal n. 4320, de 1964, que, no aspecto examinado, assim dispõe:

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

No que se refere às despesas com a aquisição diária de combustíveis, admite-se a realização de empenho prévio por estimativa, consoante o disposto no § 2º do art. 60 da Lei n. 4.320, de 1964, desde que se ajustem os valores exatos das despesas, no final de cada mês, com base naqueles consignados nas notas fiscais totalizadoras mensais. Esta é a orientação emanada do TCU na Consulta n. 470.258, da relatoria do Conselheiro Simão Pedro Toledo.

Quanto à impugnação opinada pelo Ministério Publico de Contas, não vejo razão para tal, uma vez que a despesa referente ao valor de R$ 2.588,62 (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais e sessenta e dois centavos) foi liquidada, conforme as notas fiscais e seus respectivos atestos presentes nos autos.

No caso em tela, as falhas destacadas os autos estão relacionadas às três fases contratuais em estudo, pois foram realizadas em descompasso com o ordenamento legal acima citado, uma vez que o Ordenador de Despesas incidiu em erro desde o momento do procedimento licitatório e da formalização do contrato, quando contratou com empresa impedida, e prosseguiu com o pagamento sem a devida emissão da necessária nota de empenho correspondente.

Portanto, em face do evidente vício revelado nos autos, entendo não restar outra medida a esta Corte, a não ser a declaração de irregularidade dos procedimentos licitatório, de formalização do contrato e de sua execução, com a consequente aplicação de multa ao Ordenador de Despesas responsável.

Diante do exposto, voto no sentido de:

I. declarar irregulares os procedimentos licitatório, de formalização e de execução do Contrato n. 4/2006, celebrado entre o Município de Cassilândia e a empresa Auto Posto Petrobrás Ltda, com fundamento nas disposições do art. 59, III, da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2 de janeiro de 2012;

II. aplicar multa ao Sr. José Donizete Ferreira Freitas, inscrito no CPF sob o n. 086.340.841-91, Prefeito Municipal à época, no montante equivalente a 250 (duzentos e cinquenta) UFERMS, a ser recolhida em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data de publicação do acórdão no DOTCE/MS, tendo em vista as irregularidades constatadas na contratação em tela, o que faço com fulcro nas disposições constantes do art.21, X, 42, IX, 44, I,45, I, 50, I e 83da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2012.

Comunique o resultado deste julgamento aos interessados, na forma regimental.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro relator e proferida do seguinte modo:

I - declarada a irregularidade dos procedimentos de licitação (Concorrência n. 3/2005) e de formalização do Contrato n. 4/2006, celebrado entre o Município de Cassilândia e a empresa Auto Posto Petrobrás Ltda., considerando que, conforme descrito nas razões do voto:

a) no tempo da realização da licitação e da celebração do Contrato, o Sr. Waldomiro José Cotrim Moreira, então Secretário Municipal de Finanças de Cassilândia, possuía 70% (setenta por cento) do capital social da empresa contratada ─ Auto Posto Petrobras Ltda. ─, conforme consta no documento da pág. 29 dos autos;

b) pelo fato descrito na alínea ***a*** devia ter sido observada ─ por ambas as partes envolvidas nos procedimentos de licitação e de contratação ─ a regra do art. 9º, III, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, que, restritivamente, vedava:

1. à empresa Auto Posto Petrobras Ltda. de participar do certame licitatório e, principalmente, de ser declarada vencedora da licitação realizada;

2. ao gestor da Administração municipal de Cassilândia de declarar vencedora da licitação a empresa Auto Posto Petrobras Ltda., que tinha como seu sócio majoritário (com 70% do capital social) o Secretário Municipal de Finanças, e, principalmente, de contratar a referida empresa para o fornecimento de combustíveis;

c) sem prejuízo dos efeitos jurídicos dos termos dispositivos inscritos nas alíneas ***a*** e ***b***, **1** e **2**, a desarmonia entre os valores da contratação (R$ 2.468.900,00), do total empenhado (R$ 434.394,94), do total da despesa liquidada (R$ 444.436,86) e do total dos pagamentos realizados (R$ 436.983,56), também caracteriza irregularidade injustificável e demonstrativa de descontrole administrativo;

d) a diferença de valores entre o total dos pagamentos realizados (R$ 436.983,56) e o total empenhado (R$ 434.394,94) demonstra que foi realizado pagamento no valor de R$ **2.588,62** (dois mil, quinhentos e oitenta e oito reais e sessenta e dois centavos) sem a cobertura de prévio empenho (436.983,56 – 434.394,94 = 2.588,62), contrariando assim a regra do art. 60 da Lei (federal) n. 4.320, de 17 de março de 1964, que expressamente veda "*a realização de despesa sem prévio empenho*";

II - aplicada multa equivalente ao valor de 250 (duzentas e cinquenta) UFERMS ao Sr. José Donizete Ferreira Freitas - CPF n. 086.340.841-91, que na época dos fatos relatados ocupava o cargo de Prefeito Municipal de Cassilândia, pela prática das irregularidades e, consequentemente, pelo cometimento das infrações descritas nas razões do voto e sintetizadas no inciso **I**, ***a***, **b**, **1** e **2**, ***c*** e ***d***;

III - assinalado que o valor da multa aplicada pelos termos dispositivos do inciso **II** deve ser pago em favor do FUNTC, no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação do Acórdão no DOTCE/MS.

Presidência do Exmo. Sr. Ronaldo Chadid

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa e Ronaldo Chadid.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador de Contas

Campo Grande, 9 de setembro de 2014.

JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL
Conselheiro Relator