DECISÃO SINGULAR DSG - G.MCM - 1628/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/16093/2015
PROTOCOLO	: 1633440
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE BONITO
ORDEN. DE DESPESAS	: LEONEL LEMOS DE SOUZA BRITO (FALECIDO)
CARGO DO ORDENADOR	: PREFEITO MUNICIPAL À ÉPOCA
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N.º 159/2015
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO
CONTRATADA	: GANDRA & CRUZ EPP LTDA
PROCED. LICITATÓRIO	: PREGÃO PRESENCIAL N.º 42/2015
OBJETO DA CONTRATAÇÃO	: SERVIÇOS DE ASSESSORIA
VALOR DA CONTRATAÇÃO	: R$ 85.110,00

CONTRATO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE ASSESSORIA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE SERVIDOR DO ÓRGÃO. AFRONTA AO ART. 9º, III, DA LEI N.º 8.666/1993. FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO. EXECUÇÃO FINANCEIRA. IRREGULARIDADE. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. MORTE DO GESTOR. IMPUGNAÇÃO DE VALORES.

Versam os presentes autos sobre o Contrato Administrativo n.º 159/2015, formalizado entre a **Prefeitura Municipal de Bonito** e **Gandra & Cruz LTDA EPP**, objetivando a contratação de serviço de assessoria na área de orientação, elaboração, cadastramento e acompanhamento de propostas visando à captação de recursos; monitoramento e elaboração de prestação de contas de convênios, termos de compromisso, contratos de repasse e instrumento similares celebrados com a administração pública federal e estadual do Município de Bonito - MS, com valor contratual no montante de R$ 85.110,00 (oitenta e cinco mil cento e dez reais).

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do procedimento licitatório, Pregão Presencial n.º 42/2015, da formalização do Contrato Administrativo n.º 159/2015 e da respectiva execução financeira (3 fases).

Em razão da análise de toda documentação acostada e da denúncia oferecida pela vereadora de Bonito, Sr.ª Lindamar Marcolina Silva Balta (pp. 154/159), a Equipe Técnica da 6ª ICE, por meio da sua Análise ANA – 6ICE – 23785/2015 (pp. 172/178), opinando pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório e da formalização contratual, sob a justificativa de ter havido informação privilegiada à vencedora do certame, uma vez que a sócia da empresa vencedora era funcionária comissionada da prefeitura, figurava na equipe de apoio ao Pregoeiro dias antes ao da sessão pública, tendo praticados os atos preparatórios do procedimento licitatório que posteriormente, através de sua empresa, viria a ser única participante e vencedora.

Posteriormente, após envio da documentação financeira, a Equipe Técnica da 6ª ICE, por meio da sua Análise ANA – 6ICE – 25321/2016 (pp. 248/250), momento em que foi requerida a intimação do jurisdicionado para apresentar justificativa referente à afirmação feita por este, no sentido de que a contratação foi suspensa tendo em vista ter alcançado o limite da vigência, porém a declaração não coaduna com a documentação remetida que demonstra o pagamento dos três primeiros meses e a suspensão se deu por conta da Ação Civil Pública n.º 0800915-97.2015.12.0028.

Conseguinte, o jurisdicionado, Sr. Leonel Lemos de Souza Brito, fora intimado, por meio do Termo de Intimação INT – G.MJMS – 22701/2016, para que apresentasse defesa acerca das irregularidades apontadas pelos Órgãos de Apoio, tendo sua revelia decretada pelo Despacho DSP – G.MJMS – 5369/2017 (p. 255).

Ato contínuo retornaram os autos à 6ª ICE, momento em que, por meio da Análise ANA – 6ICE – 4513/2017 (pp. 256/268), ratificando sua opinião pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório, da formalização contratual e da execução financeira do contrato em apreço (3 fases).

Por conseguinte, o MPC se posicionou por meio de seu Parecer PAR – 3ª PRC – 15487/2017 (pp. 270/274), opinando pela ***nulidade*** do procedimento licitatório, ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** da formalização contratual e da sua execução, impugnação da despesa e aplicação de multa ao gestor (3 fases).

Vale frisar que fora dada nova oportunidade para que o Sr. Leonel Lemos de Souza Brito (INT – G.MJMS – 23733/2017), e o Sr. Odilson Arruda Soares (INT – G.MJMS – 23734/2017).

Todavia, apesar do Sr. Leonel Lemos de Souza Brito, ter comparecido aos autos por meio dos seus advogados (pp. 279/282 e pp. 292/294), deixou de apresentar defesa.

No mesmo sentido, o Sr. Josmail Rodrigues (INT – G.MCM – 17574/2018), e o Sr. Odilson Arruda Soares, deixaram de se manifestar nos autos.

Vieram os autos a esta Relatoria para Decisão.

É O RELATÓRIO.

Extrai-se do feito que os Órgãos de Apoio foram unânimes em se manifestar pela irregularidade de todas as fases da contratação pública.

Os Órgãos de Apoio consideraram irregular o procedimento licitatório, por entenderem que a sócia da empresa contratada participou dos atos preparatórios do certame que venceu, uma vez que possuía cargo comissionado na prefeitura e figurava na equipe de Apoio ao Pregoeiro dias antes da sua abertura do Pregão, transparecendo ai o conflito de interesses e a informação privilegiada que detinha.

A cronologia dos eventos se apresenta da seguinte forma:

- Em **12/06/2015** houve a consolidação das cotações utilizadas para definição do valor estimado de contratação (p. 15), constando orçamento da empresa MAXMED MS – Gestão e Saúde, sendo sócia proprietária a servidora Vivian Barbosa da Cruz, que era servidora comissionada no Cargo de Comissionado de Gerência Municipal de Contrato e Convênios Símbolo DAS – 3, lotada na Assessoria de gabinete, desde sua abertura em **04/08/2014**.

- Em **01/07/2015** foi publicada a exoneração de Vivian Barbosa da Cruz, recebendo suas verbas rescisórias em **11/08/2015**. Percebe-se que sua empresa cotou preços enquanto a sócia proprietária ainda era servidora pública e figurava na equipe de apoio ao pregoeiro.

- Em **02/07/2015** foi expedido o Edital de Licitação do Pregão Presencial n.º 42/2015 (p. 49).

- Em **06/07/2015** acorreu à publicação do aviso de licitação (p. 50).

- Em **17/07/2015** ocorreu à sessão pública do Pregão, que contou com a participação de uma única empresa, Gandra & Cruz LTDA representada por sua sócia Vivia Barbosa da Cruz (pp. 124/127).

- Em **20/07/2015** foi celebrado o Contrato Administrativo n.º 159/2015, entre o Município de Bonito e a empresa Gandra & Cruz LTDA com sua publicação em **02/09/2015** (pp. 132/139).

- Em **14/08/2015** foi empenhado e liquidado o pagamento do 1º mês a empresa vencedora.

Neste interstício foi constado outros fato que macularam a legalidade do procedimento.

Ausência de cotações individualizadas, constando somente um documento Consolidado.

Impossível à identificação dos critérios para precificação dos serviços, haja vista a Cotação de Preços ser de 12/06/2015 o Termo de Referência ser de 02/07/2015.

A empresa MAXMED MS Gestão e Saúde e Gandra e Cruz LTDA se confundem.

A ata de sessão pública registra na fase competitiva e credenciamento a empresa Gandra & Cruz LTDA, porém na adjudicação consta a empresa MAXMED MS – Gestão e Saúde (pp. 124/127). Documentos juntados pela primeira possuem logomarca da última. Ainda assim possuem o mesmo CNPJ.

Ademais consta na cotação para composição estimativa do preço a empresa MAXMED MS – Gestão e Saúde (p. 15), porém sabe-se que em verdade a cotação foi apresentada pela empresa Gandra & Cruz LTDA, de propriedade da servidora Vivian Barbosa da Cruz que à época ainda figurava na equipe de apoio ao Pregoeiro.

Servidora esta também figurava era parte da equipe execução das licitações na modalidade pregão presencial para o exercício de 2015, conforme Decreto Municipal n.º 02 de 05/01/2015. Isso demonstra nexo de causalidade da servidora ter participado dos atos preparatório do certame que viria a ganhar.

Não houve qualquer negociação do pregoeiro para obter melhor preço conforme preconiza o art. 4º, XI e XVII, da Lei n.º 10.520/02.

A servidora à época, claramente ocupava cargo diretamente relacionado com o objeto a ser licitado, era proprietária da empresa que apresentou a cotação de preço enquanto servidora foi a única participante do certame que venceu.

Assim, nota-se total afronta ao Art. 9º, III, da Lei n.º 8.666/1993, senão vejamos:

> *"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, 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.*
>
> *§4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação."*

A servidora à época também praticou ato expressamente vedado pela Lei Orgânica do Município de Bonito, qual seja:

> ***"Art. 95.** O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os servidores municipais, bem como as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco afim ou consanguíneo, até o segundo grau ou por adoção, não poderão contratar com Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.*
>
> ***Parágrafo único** – Não se incluem nesta proibição os contratos cujas cláusulas e condições sejam uniformes a todos os interessados."*

Conforme termo de encerramento (pp. 245) a contratação foi encerrada em virtude de ter alcançado o limite da sua vigência, porém tal informação não coaduna com os documentos da execução financeira remetida pelo gestor onde consta a realização de pagamentos referente aos três primeiros meses.

Ademais, conforme despacho DSP – G.MJMS – 3190/2016 (p. 184), o contrato havia sido suspenso por força de liminar concedida na Ação Civil Pública n.º 0800915-97.2015.8.12.0028, e não pelo término do período contratual.

Sendo assim a afirmação do gestor que a contratação fora suspensa por ter alcançado o limite de sua vigência é dissonante à documentação financeira juntada e a suspensão judicial.

Conclui-se, portanto que Vivian Barbosa da Cruz ganhou o certame do qual participou dos atos preparatórios usando a própria empresa enquanto servidora para cotar o preço estimado pra contratação. Foi a única participante do procedimento licitatório do qual não houve negociação do Pregoeiro para obtenção de menor preço, poucos dias após sua exoneração. Isto sem contar as demais irregularidades supracitadas.

Estas e as demais irregularidades apresentadas acabaram por macular na totalidade a regularidade do Pregão Presencial n.º 42/2015 (1ª fase).

Vale inclusive trazer à baila, o ensinamento do doutrinador Marçal Justen Filho, *in verbis:*

> *"As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. A lei configura uma espécie de impedimento, em acepção similar à do Direito Processual, à participação de determinadas pessoas na licitação. Considera um risco a existência de relações pessoais entre os sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento pode, em tese, produzir distorções incompatíveis com a isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento a priori. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro."*[1]

[1] Justen Filho, Marçal – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos / Marçal Justen Filho – 17.

O fato da referida servidora ter sido exonerada não afasta a incidência da vedação contida no art. 9º, III, conforme o entendimento jurisprudencial do TCU, senão vejamos:

> *"A demissão do cargo em comissão ocupado por dirigente que participou diretamente da fase interna da licitação não impede a incidência da vedação contida no art. 9º, III, da Lei 8.666/1993, uma vez que, embora perdendo a capacidade de influir no resultado da licitação, remanesce a vantagem do maior conhecimento acerca do objeto licitado em relação aos potenciais concorrentes." (Acórdão 1.448/2011, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)*

Por conseguinte, evidencia-se que tendo havido o julgamento de irregularidade do procedimento, não há como se chancelar o contrato administrativo dele decorrente, nos termos do artigo 49, §2º, da Lei n.º 8.666/93.

No mesmo sentido, diante das irregularidades apontadas não há como se chancelar a execução financeira da presente contratação, não restando alternativa senão a impugnação dos valores indevidamente recebidos, conforme se manifestou o ilustre representante Ministerial.

Por fim, entendo que caberia a aplicação de multa ao Gestor Responsável pela contratação, todavia, diante do falecimento ocorrido em 26/11/2017, do Sr. Leonel Lemos de Souza Brito, Ex-Prefeito do Município de Bonito, a pretensão punitiva encontra-se extinta, dado o cunho personalíssimo do cumprimento da sanção.

É sabido que a morte, como fato jurídico que é, acarreta consequências na esfera do Direito e, nesses termos, a pretensão sancionatória extingue-se com a morte do gestor, visto que o cumprimento da sanção é personalíssimo, não ultrapassando a pessoa do condenado (princípio da intransmissibilidade da pena).

Em amparo a esta assertiva, vale inclusive transcrever o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988, senão vejamos:

> *"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguinte:*

---

ed. rev., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 – p. 266.

> *(...)*
> ***XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido**;" (grifei)*

Não obstante, o TCU se manifestou em caso semelhante, *in verbis*:

> *"A penalidade de multa, por seu caráter personalíssimo, não se transfere aos sucessores do responsável falecido, sendo a morte ocorrida em data anterior à prolação do acórdão, causa de extinção da punibilidade". (Acórdão 3879/2008 - Segunda Câmara - Ministro Relator AROLDO CEDRAZ - julg. 30-9-08).*

Ante o exposto, no exercício do juízo singular conferido pelo art. 10, II, da RN n.º 76/13, e acompanhando o entendimento da Equipe Técnica da 6ª Inspetoria e do MPC, **DECIDO** no sentido de**:**

1) Declarar a ***irregularidade*** do procedimento licitatório, Pregão Presencial n.º 42/2015 (**1ª fase**), nos termos do art. 120, I, da RN n.º 76/13 c/c art. 59, III, da LC n.º 160/12;
2) Declarar a ***irregularidade*** da formalização do Contrato Administrativo n.º 159/2015 (**2ª fase**), nos termos do art. 120, II, da RN n.º 76/13 c/c art. 59, III, da LC n.º 160/12;
3) Declarar a ***irregularidade*** da execução financeira do Contrato n.º 159/2015 **(3ª fase)**, nos termos do art. 120, III, da RN n.º 76/13 c/c art. 59, III, da LC n.º 160/12;
4) Pela **impugnação** do valor de **R$ 42.555,00** (quarenta e dois mil quinhentos e cinquenta e cinco reais), referente aos pagamentos realizados irregularmente, com fulcro no inciso II, e § 1º, I, III e IV, todos do art. 172, da RN n.º 76/13, c/c o art. 61, I, da LC n.º 160/2012, atribuindo tal responsabilidade ao ***Sr. Leonel Lemos de Souza***, Prefeito Municipal à época, que deverá restituir a respectiva quantia aos cofres municipais, acrescida de juros de mora e correção monetária, concedendo-lhe, para tanto, o prazo de 60 dias (art. 212, § 1º, da RN n.º 76/13);

5) Conceder o prazo de 60 (sessenta) dias para que comprove o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC (art. 172, § 1º, II, da RN n.º 76/13, c/c art. 83, da LC n.º 160/12), sob pena de execução; e

6) Comunicar o resultado do julgamento às Autoridades competentes, com base no art. 50, da LC n.º 160/2012.

É a Decisão.

Nos termos do artigo 70, §2º, do Regimento Interno, **determino** a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 14 de fevereiro de 2019.

Cons. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

JPF