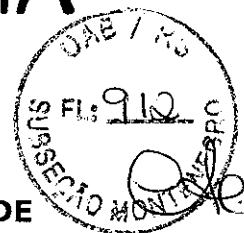




ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

CÓPIA



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE
VEREADORES DO MUNICÍPIO DE MONTENEGRO, RS:**

CÂMARA DE VEREADORES DE MONTENEGRO

PROTOCOLO DE RECEBIMENTO

Por: ANDRÉ SUSIM

Em: 25/08/17, às 10:12

"De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto". (Rui Barbosa)

SEPÉ TIARAJÚ RIGON DE CAMPOS, brasileiro, divorciado, advogado, Presidente da Subseção de Montenegro da Ordem dos Advogados do Brasil, inscrito Cadastro de Pessoas Físicas sob o n.º 264.579.380-00, portador da Cédula de Identidade RG n.º 6010383872, emitida pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul, bem como do Título de Eleitor n.º 043942290469, Zona 031, Seção 0079, com endereço profissional à Rua Doutor Bruno de Andrade, n.º 1689, sala n.º 2016, Bairro Timbaúva, no Município de Montenegro, RS, CEP n.º 95780-000, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos arts. 4º e 5º, do Decreto-Lei n.º 201/67, bem como no Regimento Interno desta Casa, apresentar

**DENÚNCIA PELA PRÁTICA DE INFRAÇÕES POLÍTICO-
ADMINISTRATIVAS**

em face do PREFEITO MUNICIPAL DE MONTENEGRO, RS, Excelentíssimo Senhor **LUIZ AMÉRICO ALVES ALDANA**, que em virtude da suspensão do mandato eletivo passa a receber comunicações junto à sua residência, sito à Rua José Luis, n.º 1674, apto. n.º 202, Bairro Centro, no Município de Montenegro, RS, CEP n.º 95780-000, com supedâneo nos fundamentos de fato e de direito que passa a expor:

6



A. PREÂMBULO

Em Sessão Extraordinária ocorrida na data de 14 de agosto de 2017, a Diretoria e o Conselho Subseccional da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Montenegro, RS, deliberaram pela aprovação - com 10 (dez) votos favoráveis, 01 (uma) abstenção e 01 (um) impedimento - do voto proferido nos autos do Processo Especial n.º 2017.0001/2017 e pela consequente instauração de processo de *impeachment* em desfavor do Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal, Luiz Américo Alves Aldana, porquanto reconhecida a prática de infrações político-administrativas, capituladas nos incisos VII e VIII, do art. 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67, no âmbito dos procedimentos licitatórios para prestação de serviço de transporte escolar de alunos do ensino fundamental e da educação infantil, das redes estaduais e municipais, nos limites do Município de Montenegro, nos anos de 2015 a 2017.

O Voto, da lavra da relatora, Conselheira Subseccional Amália Rosa de Campos, é reproduzido integralmente na presente peça exordial e seus fundamentos passam a compor as razões da respectiva denúncia.

B. VOTO DA RELATORA:

PROCESSO ESPECIAL N.º 2017.0001/2017

ORIGEM: Direção e Conselho de Ética e Disciplina da Subseção de Montenegro, RS, da Ordem dos Advogados do Brasil;

ASSUNTO: Análise e enquadramento das condutas praticadas pelo Senhor Prefeito Municipal de Montenegro, no âmbito dos processos licitatórios para prestação de transporte escolar de alunos do ensino fundamental e da educação infantil, das redes estaduais e municipais, nos limites do Município de Montenegro, a contar do ano de 2015, frente às infrações político-administrativa previstas no art. 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67;

RELATORIA: Autorizada pela Ata n.º 89 de Reunião Extraordinária da Diretoria e do Conselho da Subseção de Montenegro da Ordem dos Advogados do Brasil, instituída pela Portaria n.º 001/2017 e delegada à Conselheira Subseccional Amália Rosa de Campos, inscrita na OAB/RS sob o n.º 74.786.

RELATÓRIO

I. Da apuração das infrações político-administrativas enquanto *múnus* da Ordem dos Advogados do Brasil:

1 A Ordem dos Advogados do Brasil, cuja criação se operou através do Decreto n.º 14.408/30, foi concebida com o intuito de disciplinar a seleção da classe dos advogados, que deveriam se submeter a regime próprio¹.

Com o advento da Lei n.º 4.215/63, que institui o primeiro Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o âmbito de atuação da Instituição foi ampliado, na medida em que passou a incumbir aos advogados o dever de "defender a ordem jurídica e a Constituição da República"².

O referido permissivo legal foi indispensável para legitimar a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa dos direitos e garantias individuais durante os "anos de chumbo" da ditadura miliar, na defesa do regime democrático no movimento das "diretas já" e, sobretudo, na formação do rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão junto à Assembleia Nacional Constituinte de 1987-8.

Contudo, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que a atuação e legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil foram alçadas a um novo patamar.³ Não só o Texto Constitucional previu ser o exercício da advocacia serviço essencial à administração da justiça⁴, como também

¹ Art. 17 - Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

² Art. 87 - São deveres do advogado e do provisionado: I - defender a ordem jurídica e a Constituição da República, pugnar pela boca aplicação das leis e rápida administração da Justiça, e contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas;

³ COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Estatuto da Advocacia e da OAB: o cumprimento de uma missão constitucional.** Estatuto da Advocacia e da OAB. 13 ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014. p.10.

⁴ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

conferiu à citada Instituição, essencialmente, o *múnus* de guardar a Constituição Federal⁵.

O referido encargo foi ratificado pela previsão constante no art. 44, *caput* e inciso I, da Lei n.º 8.906/94 – atual Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil -, que por sua vez estabelece ser a Instituição competente para prestar serviço público voltado à defesa da Constituição Federal, da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito e da Justiça Social, incumbindo-lhe, dentre outros, zelar pela boa aplicação das Leis.⁶

De se registrar, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.026/DF, não só reconheceu que a Ordem dos Advogados do Brasil não se traduz em mero conselho de classe, como lhe conferiu *status* de autarquia federal *sui generis*, consignando que a instituição presta serviço público independente e, como tal, não pode estar vinculada à Administração Pública. A saber:

Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. **A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.** A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências" **Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.**⁷ (grifei).

⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...] VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

⁶ Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

⁷ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.026/DF, Rel. Ministro Eros Grau, 2006.

Assim, como bem salientado por Marcus Vinícius Furtado Coêlho, forçoso reconhecer que hodiernamente a Ordem dos Advogados do Brasil “[...] é a voz constitucional do cidadão brasileiro e, quiçá, a principal instituição da sociedade civil responsável pela manutenção e efetivação dos comandos constitucionais”⁸.

2 Pois bem, uma vez assentada premissa no sentido de ser a Ordem dos Advogados do Brasil legítima para buscar a maior efetividade dos preceitos insculpidos na Constituição Federal, cumpre passar à análise dos primados e dos direitos e garantias fundamentais afetos à prestação do serviço de transporte escolar.

Veja-se, neste sentido, que a Constituição Federal em vigor, já em seu preâmbulo, deixa claro que o Estado Democrático de Direito nela instituído tem como função precípua “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade”.

Para a consecução de tal desiderato, o art. 1º, do Texto Constitucional, prevê que o Estado Democrático de Direito se fundará, dentre outros, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho⁹, ao passo que o art. 6º da mesma Lei¹⁰, alça a educação à condição de direito social.

Fica evidente, portanto, que o legislador constitucional elegeu a educação como um dos instrumentos capazes de materializar os já citados primados da dignidade, cidadania e trabalho, expressamente prevendo ser

⁸ COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **Estatuto da Advocacia e da OAB: o cumprimento de uma missão constitucional**. Estatuto da Advocacia e da OAB. 13 ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2014. p.10.

⁹ Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹⁰ Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.



ele direito de todos e um dever do Estado¹¹ – aqui compreendido como o somatório dos entes federal, estaduais, distrital e municipais.

Para tanto, como bem destaca Patrícia Collat Bento Feijó,

[...] atrelou ao dever de oferecer a educação, outras obrigações que se podem chamar de 'accessórias', mas que, na verdade, complementam o direito ao ensino público e por meio das quais se possibilita o acesso e a permanência do educando no ambiente escolar"¹²,

dentre as quais se encontra, justamente, o fornecimento de transporte escolar, a teor do art. 208, inciso VII, da Constituição Federal¹³.

Tamanho é a relevância do transporte escolar para a materialização do direito à educação, que também a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seus arts. 198¹⁴ e 216, §3º¹⁵, estabelece o dever de criação de programas de transporte público para o referido Ente, inclusive em regime de cooperação com os Municípios.

¹¹**Art. 205:** A Educação, direito de todos e dever do Estado e da Família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹² FEIJÓ, Patrícia Collat Bento. Transporte escolar: a obrigação do poder público municipal no desenvolvimento do programa. Aspectos jurídicos relevantes. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1259, 12 dez. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9239>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

¹³ Art. 208: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

¹⁴ Art. 198: O Estado complementarará o ensino público com programas permanentes e gratuitos de material didático, transporte, alimentação, assistência à saúde e de atividades culturais e esportivas.

¹⁵ Art. 216: Todo estabelecimento escolar a ser criado na zona urbana deverá ministrar ensino fundamental completo. [...] § 3.º O Estado, em cooperação com os Municípios, desenvolverá programas de transporte escolar que assegurem os recursos financeiros indispensáveis para garantir o acesso de todos os alunos à escola.



Soma-se a isso o disposto na Lei n.º 9.394/96, que sem seus arts. 03, 10 e 11¹⁶, deixa claro que incumbe aos Municípios e ao Estado o dever de assumir o transporte escolar dos alunos matriculados em suas respectivas instituições de ensino e autoriza a celebração de pactos entre ambos os entes públicos para o fim de viabilizar o transporte de discentes da rede estadual de ensino pelo Município.

A interpretação conjunta dos primados e dos dispositivos de Lei alhures referidos permite, por conseguinte, que se chegue à conclusão segura no sentido de que transporte escolar é direito constitucionalmente assegurado e, que, na forma do art. 5º, §1º e §2º, da Constituição Federal¹⁷, deve ser imediatamente proporcionado, também, na esfera Municipal.

3 De se advertir, contudo, que os atos administrativos praticados com o intuito de garantir o acesso dos alunos da rede municipal de ensino – e da rede estadual de ensino, em caso de existência de acordo de cooperação neste sentido – a transporte escolar devem se pautar na observância de um conjunto de normas jurídicas aplicáveis à Administração Pública.

Estas normas jurídicas, segundo a melhor doutrina, subdividem-se em princípios e regras. Os primeiros se traduzem na “[...] posituação de um valor, sendo reconhecidos como normas que garantem bens jurídicos e considerados instrumentos de justiça enquanto equidade”¹⁸, ao passo que

¹⁶ Art. 3º: Cabe aos Estados articular-se com os respectivos Municípios, para prover o disposto nesta Lei da forma que melhor atenda aos interesses dos alunos.

Art. 10: Os Estados incumbir-se-ão de: [...] VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.

Art. 11: Os Municípios incumbir-se-ão de: [...] VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

¹⁷ Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁸ SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. Princípios e Regras: as lições trazidas por Dworking. **Cadernos da ANAMATRA IV**. Porto Alegre, n.15, jun. 2011. p. 29.



as segundas constituem mandamentos específicos e peremptórios, de aplicabilidade restrita e cujo cumprimento não admite graduação.¹⁹

Nesta senda, tem-se que todo e qualquer ato praticado pela Administração Pública, em qualquer de suas esferas, deve se encontrar em perfeita consonância com os princípios da legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, publicidade, moralidade e razoabilidade, alguns dos quais estão previstos de forma expressa no rol do art. 37, *caput*, da Constituição Federal²⁰, ao passo que outros são extraídos do ordenamento jurídico como um todo.

Tudo sem prejuízo de atentarem para a previsão constante no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal²¹, que em apertada síntese condiciona a prestação de serviços no âmbito da Administração Pública a processo de licitação pública, regulamentado pela Lei n.º 8.666/93, que não só institui estritas regras a serem observados nas contratações entabuladas pelos entes públicos, como também estabelece um regime próprio de princípios a serem observados, dentre os quais merecem destaque os princípios da isonomia e do julgamento objetivo das propostas.

Por via de consequência, tem-se que não basta à Administração Pública a prática de atos voltados à garantia e efetivação do direito a transporte escolar. É essencial que, ao fazê-lo, adote conduta que se encontre em estrita consonância com os princípios gerais da administração e específicos das licitações, assim como com as regras insculpidas na Lei n.º 8.666/93, sob pena de responsabilização dos agentes públicos/políticos em âmbito cível, criminal e, notadamente, político-administrativo.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 99 et seq.

²⁰ Art. 37: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

²¹ Art. 37, XXI: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.



4 E esta aparenta ser, justamente, a infeliz realidade em que está imerso o Município de Montenegro.

Nos últimos anos, profusas foram as notícias veiculadas pela imprensa local dando conta de que os atos praticados no âmbito da Administração Pública Municipal, voltados para a contratação de transporte escolar, têm se revestido vultosas irregularidades.

Já em 25 de fevereiro de 2016, periódico local²² noticiou não só a suspensão do processo licitatório voltado à contratação de transporte escolar, como também informou a contratação emergencial da Construtora JLV para a prestação de serviço da mesma natureza, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias e com remuneração de quilômetro rodado no patamar de R\$ 4,35 (quatro reais e trinta e cinco centavos).

Os profusos indícios de tentativa de direcionamento de processo licitatório para o fim de beneficiamento de determinadas pessoas jurídicas de direito privado e do deliberado sobrepreço do serviço de transporte escolar, deram azo: a) à anulação, em primeira instância, do processo licitatório decorrente do Edital de Concorrência n.º 09/2015, nos autos do Mandado de Segurança n.º 018/1.16.0000088-7; b) à instauração do Inquérito Civil n.º 01175.0036/2016, pela Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro; e c) à abertura do Processo de Inspeção Especial n.º 00430-0200/16-0, por parte do Tribunal de Contas do Estado.

A gravidade dos fatos apurados aumentou exponencialmente a partir da recente notícia de existência de uma força-tarefa capitaneada pelo Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO e da deflagração da chamada “Operação Ibiá”, voltada à investigação de crimes cometidos por agentes da Administração Pública Municipal. A saber:

A ação investiga, inicialmente, 15 pessoas suspeitas de integrarem uma organização criminosa que atua a partir de fraudes licitatórias em contratos e aditivos de contrato, especialmente para transporte escolar, terraplanagem e drenagem, revitalização de ruas, construção e reforma de prédios públicos, inclusive escolas. [...] Apenas no que se refere a contratos de transporte escolar dos

²² NASCIMENTO, Lília Maris. Construtora JLV assume o transporte escolar. **Jornal Ibiá**, Montenegro, 25 fev. 2016.



anos de 2016 e 2017, foi detectado sobrepreço próximo a R\$ 1 milhão.²³

A imprensa escrita²⁴, em editorial datado de 06 de junho de 2017, confirmou a condição de investigado do Sr. Prefeito Luiz Américo Alves Aldana e do empresário José Valmir de Oliveira, representante legal da pessoa jurídica que venceu o processo licitatório para fornecimento de transporte escolar anulado no Mandado de Segurança n.º 018/1.160000088-7 e, posteriormente, foi contratada para prestar serviço de mesmo natureza, em regime emergencial.

Notícia veiculada na data de 07 de junho de 2017 também deu conta da existência de ordem judicial, proferida pelo desembargador Júlio César Finger, da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, que determinou o afastamento preventivo do Sr. Secretário da Indústria e Comércio – e anterior Chefe de Gabinete - Valter Robalo e do Sr. Assessor Especial Gilson Hartmann, bem como proibiu 04 (quatro) empresários de celebrarem novas contratações com o poder público e 02 (dois) engenheiros de exercerem a profissão perante a Prefeitura Municipal de Montenegro.²⁵

E mais. Em entrevista concedida a periódico local, o investigado João Francisco Teixeira da Silva, Ex-Diretor de Licitações da Prefeitura Municipal de Montenegro, confessou de forma expressa a ocorrência de direcionamento de licitação, inclusive com o aval do Chefe do Poder Executivo:

João conta que foi chamado junto com Kadu, para uma reunião onde foi dito que determinado empreiteiro não deveria ganhar a licitação. "Falei que ele participou e que não havia nada que o impedia de participar. Se eles tinham alguma situação contra N empresas, eles que denunciassem", comenta. João recorda que o prefeito acabou determinando a revogação do processo e que, posteriormente, o judiciário mandou a licitação ser retomada, mas inserindo as garantias previstas nos artigos 31 e 56 da Lei de

²³ Secretários e diretor da Prefeitura de Montenegro são afastados por fraude de R\$ 20mi. **Jornal NH**, Novo Hamburgo, 06 de jun. 2017

²⁴ REINHEIMER, Márcio. OAB estuda pedido de cassação. **Jornal Ibiá**, Montenegro, 06 de jun. 2017.

²⁵ SILVA, Eduardo. Leia a cobertura completa da Operação Ibiacá. **Jornal Ibiá**, Montenegro, 07 jun. 2017.



Licitações. "A licitação da Biblioteca não tinha vício e acabou por ter porque eles quiseram revogar"²⁶.

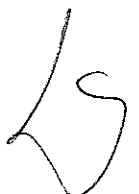
5 Em que pese seja indiscutível a competência do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul para fiscalizarem e coibirem a prática de fraudes de natureza contábil e jurídica, no âmbito dos processos licitatórios encetados pela municipalidade, inclusive com eventual responsabilização cível, criminal e administrativa dos envolvidos, também é certo que **os fatos que vieram a lume nos últimos meses se revestem de gravidade suficiente para tornar aconselhável, também, a perquirição de eventual responsabilidade do Prefeito Municipal em seara político-administrativa, mormente se considerado que o processo de *Impeachment*, enquanto instrumento democrático, pode redundar em mais célere afastamento do agente público do cargo por si ocupado, assim melhor atendendo ao interesse público.**

Veja-se que a fraude em processos licitatórios, além de redundar em flagrante violação aos princípios e regras que norteiam a atuação da Administração Pública, também fere de forma indelével os primados da dignidade da pessoa humana e da cidadania e constitui óbice à consecução dos ideais de bem-estar e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

O uso do direito constitucional à educação e seu consectário direito a transporte escolar como um subterfúgio para a prática de atos administrativos irregulares é medida que merece amplo reproche e fere de modo indelével os primados da moralidade, legalidade e supremacia do interesse público.

Neste diapasão, a Ordem dos Advogados do Brasil, através da Subseção de Montenegro, não pode ficar alheia aos últimos desdobramentos ocorridos no cenário político-administrativo do Município de Montenegro, os quais revelam nítida violação dos preceitos constitucionais cuja defesa lhe incumbe.

²⁶ HERZER, André Rafael. Ex-diretor revela que processo a licitação da biblioteca sofreu manipulação. **Jornal Ibiá**, Montenegro, 11 de jun. 2016.



Nas palavras de Erick Venâncio Lima do Nascimento, "a OAB não pode ser comentarista de casos, mas sim, defensora de causas, do mesmo modo que não deve ser longa *manus* de governos, nem tampouco linha auxiliar das oposições"²⁷.

Assim, com o aporte de documentos atinentes aos processos licitatórios destinados à contratação de transporte público escolar entre os anos de 2015 e 2017, é dever inexorável desta Instituição, por meio de sua Direção e Conselho Subseccional, efetuar uma análise imparcial e técnica dos atos praticados pela Administração Pública, na pessoa do Chefe do Poder Executivo, a fim de determinar se caracterizam, em tese, infração político-administrativa hábil a dar azo a processo de cassação de mandato, na forma do Decreto-Lei n.º 201/67.

II. Digressões acerca do instituto do *impeachment* e da responsabilidade político-administrativa dos prefeitos:

1 O *impeachment* é instituto que surgiu no ordenamento jurídico pátrio com a Constituição de 1891²⁸. Embora notoriamente inspirado no modelo norte-americano, previsto na Constituição da Filadélfia, o legislador pátrio lhe deu contornos peculiares, seja no que pertine à tipicidade dos crimes de responsabilidade/infrações político-administrativas²⁹ que lhe rendem ensejo, como no que concerne à sua forma de processamento e julgamento.

²⁷ NASCIMENTO. Erick Venâncio Lima do. **Relatório exarado no Processo n. 49.0000.2015.010230-5/COP**, do Conselho Federal da OAB. Disponível em: <<http://estaticog1.globo.com/2016/03/28/peticao-denuncia-versao-final.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2017.

²⁸ Art. 53: O Presidente dos Estados Unidos do Brazil será submettido a processo e a julgamento, depois que a Camara declarar procedente a accusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes communs, e, nos de responsabilidade, perante o Senado. *Parapho unico*. Decretada a procedencia da accusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

²⁹ Consabidamente, a expressão "crimes de responsabilidade" – que é empregada pelo art. 85, do Texto Constitucional, pela Lei n.º 1.059/50 e pelo Decreto-Lei n.º 201/67 – é objeto de crítica por parte da doutrina, na medida em que pode levar à equivocada interpretação no sentido de que as condutas coibidas pela legislação supracitada seriam espécie de crimes comuns e implicariam em responsabilidade criminal do agente político que as praticou. Por esta razão, na presente denúncia escrita, será propositadamente adotado o uso da expressão "infrações político-administrativas" para designar os atos administrativos hábeis a gerar a responsabilização de agente público no âmbito político.



Segundo a doutrina de Paulo Brossard, o *impeachment* se traduz em um processo político destinado

[...] a afastar do cargo autoridade que com ele se incompatibilizou, seja porque tenha cometido crime, seja porque tenha praticado ou deixado de praticar atos que, sem constituírem infração penal, revelam que é prejudicial ou inconveniente sua permanência no governo.³⁰

2 Fica nítido, já a partir do conceito alhures transcrito, que o processo de *impeachment* tem natureza jurídica iminentemente política³¹, eis que objetiva a “[...] destituição do cargo daquele que, por más condutas, decaiu da confiança do povo, e não a sua condenação propriamente dita”³².

Neste sentido, conta-se não só com o entendimento da majoritária doutrina pátria - nas pessoas de Paulo Brossard, Themístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano, José Cretella Júnior, Gilmar Ferreira Mendes e Alexandre de Moraes, *exempli gratia* -, como também do Supremo Tribunal Federal, que em voto proferido pelo Ministro Carlos Veloso, nos autos de Mandado de Segurança impetrado por Fernando Collor de Mello, assim lecionou:

³⁰ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 83.

³¹ Falar-se em natureza jurídica do processo de impeachment, importa ressaltar, não equivale a autorizar que a sua instauração prescindida do enquadramento jurídico da infração político-administrativa alegadamente praticada ou que seu processamento possa ocorrer ao arrepio dos direitos constitucionalmente assegurados. Acerca do tema. Como bem destaca a doutrina, “tais infrações devem ser apuradas em procedimento que assegure o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...], pois a Constituição manda submeter ao Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”. In: GODOY, Mayr. *Impeachment: Perda de mandato eletivo dos prefeitos*. In: **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo, Editora IASPP, 2016, p. 368.

³² GÓES, Maurício da Silva. MEDEIROS, Guilherme Luiz. O impeachment. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**. Vol. 2. nº 1, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17901170/o-impeachment>>. Acesso em 22 jul. 2017, p. 29.





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

Incumbe ao Senado Federal, portanto, a dupla e indisponível condição de tribunal de pronúncia e de tribunal de julgamento. Tal circunstância, no entanto, não desveste o instituto do impeachment de sua natureza essencialmente política. Cumpre ter presente, neste ponto, a advertência daqueles que, como Themístocles Brandão Cavalcanti, acentuam que esse instituto caracteriza processo político tanto no direito público americano como no direito público brasileiro, não assumindo, em conseqüência, a conotação de processo penal ou de procedimento de natureza quase-criminal.³³

Daí resulta incontroverso que o objetivo do desencadeamento de processo de *impeachment* não é o de perscrutar a prática de conduta definida como crime por parte do agente político, mas sim de apurar a existência de razões político-jurídicas que tornem aconselhável o seu afastamento das atividades até então desempenhadas.³⁴

3 Como bem salienta Paulo Brossard, “[...] o *impeachment* constitui eficaz instrumento de apuração de reponsabilidade e, por conseguinte, de aprimoramento da democracia”³⁵.

Diz-se que é instituto que aprimora a democracia, na medida em que permite aos cidadãos revogarem o mandato outorgado a agente político após processo eleitoral, naqueles casos em que os atos de governo por si praticados estejam em dissonância com o programa partidário por si apresentado ou sejam contrários aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.³⁶

³³ STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança n.º 21.689/DF, relator Ministro Carlos Veloso. Impetrante: Fernando Collor de Mello. Impetrado: Senado Federal. Brasília, 16 de dezembro de 1993.

³⁴ GÓES, Maurício da Silva. MEDEIROS, Guilherme Luiz. O impeachment. **Revista Eletrônica Direito, Justiça e Cidadania**. Vol. 2. nº 1, 2011. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17901170/o-impeachment>>. Acesso em 22 jul. 2017, p. 5.

³⁵ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: Aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 7.

³⁶ COSTA-CORRÊA, André Luiz. Impeachment e atentado contra a Constituição: Discussão sobre a axiologia de um tipo penal aberto para o impedimento de Presidente da República no Brasil – A imoralidade coo crime de responsabilidade. *In: Impeachment: Instrumento da democracia*. São Paulo, Editora IASPP, 2016, p. 199-200.

Outra não é a conclusão a que se chega a partir da análise da lição de Maria Garcia, para quem

Com efeito, além do controle inerente à ordem democracia, dar-se-á atendimento ao programa partidário que originou a candidatura pelo representante eleito. De outro modo não se explica que o eleitor tenha opções: toda a atuação do candidato traduz-se num programa partidário, numa sigla, num discurso, em todo um simbolismo que se apresenta aos eleitores. Então, existe todo um compromisso perante os eleitores, que se consubstancia, como visto, no mandato (*manus data*), algo bastante concreto para ser controlado, fiscalizado e exigido. Temos, portanto, um mandato vinculado ao sentido originário, envolvendo agora seu caráter político no sentido da *polis*, *política*, exercício do poder. [...] a conclusão é de que não há mandato sem a possibilidade de revogação e, especificamente, pelo *cidadão*.³⁷

Ora, se "todo o poder emana do povo"³⁸ e se o mandato eletivo outra coisa não é senão meio de exercício do poder que foi outorgado ao agente político pelo cidadão, então, forçoso concluir que a constatação da prática de infrações político-administrativas confere aos eleitores³⁹ a prerrogativa de tomar de volta para si o mando que fora delegado a seu representante.

O *impeachment*, sob este aspecto, representa muito mais do que uma medida de caráter contramajoritário, destinada a viabilizar uma avaliação formal acerca da prática de infrações-político administrativas. Figura, aí sim, como verdadeira solução às crises inerentes ao sistema presidencialista⁴⁰.

³⁷ GARCIA, Maria. Democracia e Cidadania: *Impeachment e recall*. In: **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo, Editora IASPP. 2016, p. 362.

³⁸ Art. 1º, Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³⁹ Art. 5º, inciso I, Decreto-Lei n.º 201/67: "A denúncia escrita da infração poderá ser feita por qualquer eleitor, com a exposição dos fatos e a indicação das provas. Se o denunciante for Vereador, ficará impedido de votar sobre a denúncia e de integrar a Comissão processante, podendo, todavia, praticar todos os atos de acusação. Se o denunciante for o Presidente da Câmara, passará a Presidência ao substituto legal, para os atos do processo, e só votará se necessário para completar o *quorum* de julgamento. Será convocado o suplente do Vereador impedido de votar, o qual não poderá integrar a Comissão processante".

⁴⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. **O impeachment: Diretrizes para uma nova lei de crimes de responsabilidade**. Textos para discussão – núcleo de estudos e pesquisas legislativas. Edição n.º 209. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 4-5.



4 Aliás, é justamente o binômio “mandato eletivo – plano de gestão” que gerou majoritário entendimento no sentido de que é admissível processo de *impeachment* tendente à responsabilização do agente político reeleito mesmo nos casos em que a prática de infração político-administrativa remonte a mandato anterior.

Sob este prisma, sustentam Hélio Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janaína Conceição Paschoal que “o instituto da reeleição estabelece ao mandatário reeleito a continuidade de gestão, de modo que os atos praticados no primeiro mandato surtem efeitos diretos [...]”⁴¹ na responsabilidade política do agente que segue ocupando o mesmo cargo público.

Em detida análise do art. 86, §4º, da Constituição Federal⁴², Erick Venâncio Lima do Nascimento salienta que a responsabilização do Presidente da República encontra apenas dois limites: a subsistência do exercício de mandato eletivo pelo agente político e cometimento de infração no exercício de suas funções. Neste contexto, seja por não haver o dispositivo sido concebido em período no qual a reeleição era juridicamente possível, seja em razão da verdadeira continuidade do plano de governo que o segundo mandato eletivo representa, conclui pela impossibilidade de se dissociar o cargo dos mandatos eletivos sucessivos. A saber:

Vê-se aqui que o constituinte trouxe uma restrição com duplo requisito. Em primeiro lugar, a responsabilização do Presidente da República, nos termos da Seção III do Capítulo II da Constituição Federal, somente se dá enquanto o Chefe do Executivo estiver com mandato em curso. Em segundo lugar, a sujeição ao processo de *impeachment* não pode ocorrer por atos estranhos ao exercício das funções próprias de Presidente da República. [...] O fato histórico

⁴¹ BICUDO, Hélio. REALE JÚNIOR, Miguel. PASCHOAL, Janaína Conceição. Pedido de Impeachment da Presidente Dilma Vana Rousseff. Brasília, 15 out. 2015., p.52. Disponível em: <<https://ep00.epimg.net/descargables/2015/12/03/753f58eed8d66adf4ad11129cb833401.pdf>>. Acesso em 24 jul. 2017.

⁴² Art. 86: Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. [...] § 4º O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.



relevante a ser trazido quando da interpretação da norma, fundamental para o deslinde da presente questão, é que quando da edição do dispositivo constitucional do art. 86, § 4º, não existia o instituto da reeleição, incorporado ao nosso ordenamento jurídico pela insidiosa Emenda Constitucional 16/97. A partir da positividade desta nova realidade, passou-se a admitir que o presidente da República, governadores e prefeitos pudessem obter uma reeleição independentemente de afastamento prévio do cargo para a disputa eleitoral. [...] **Destarte, não há como se dissociar o exercício do cargo num mandato ou noutro, pois, caso assim se entendesse, estar-se-ia a criar uma posição ampliativa a uma norma constitucional de cunho eminentemente restritivo.**⁴³(grifo no original).

Ainda sobre a inviabilidade de se interpretar a norma contida do §4º, do art. 86, do Texto Constitucional, de forma ampliativa e com a finalidade de limitar a responsabilidade do agente político apenas ao mandato em que foi praticada a infração político-administrativa, leciona Adilson de Abreu Dallari, que as “[...] exceções gerais devem ter, sempre, interpretação restrita e, assim, em havendo dúvida interpretativa, não se pode privilegiar aquela que represente uma ampliação da exceção estabelecida”⁴⁴, de sorte que

No caso de reeleição, o Presidente da República estará no exercício das funções, inerentes ao cargo, pelo período de oito anos, e pode ser responsabilizado por atos e omissões que configurem crime de responsabilidade, ocorridos durante todo esse período.⁴⁵

⁴³ NASCIMENTO, Erick Venâncio Lima. Pedido de impeachment da Presidente Dilma Vana Rousseff. Brasília, 28 de março de 2016. p. 11-13. Disponível em: < Destarte, não há como se dissociar o exercício do cargo num mandato ou noutro, pois, caso assim se entendesse, estar-se-ia a criar uma posição ampliativa a uma norma constitucional de cunho eminentemente restritivo.>. Acesso em 24 jul. 2017.

⁴⁴ DALLARI, Adilson de Abreu. Crime de responsabilidade do Presidente da República Viabilidade Jurídica do Processo – Exercício da função por oito anos – Acusação de ação ou omissão culposa – Garantia do devido processo legal. *In: Impeachment: Instrumento da democracia*. São Paulo, Editora IASPP. 2016, p. 141.

⁴⁵ DALLARI, Adilson de Abreu. Crime de responsabilidade do Presidente da República Viabilidade Jurídica do Processo – Exercício da função por oito anos – Acusação de ação ou omissão culposa – Garantia do devido processo legal. *In: Impeachment: Instrumento da democracia*. São Paulo, Editora IASPP. 2016, p. 165.





Digno de nota que não só a doutrina sustenta a possibilidade de o mandatário responder, no mandato posterior, pelos atos praticados em mandato antecedente.

A própria Câmara dos Deputados firmou precedente neste sentido ao emitir relatório no processo de cassação do Deputado Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto, argumentando, para tanto, que "a cristalizar-se o entendimento de que determinada legislatura não pode conhecer de fatos ocorridos na anterior, estaremos estabelecendo período de verdadeiro valeduto nos últimos meses de todas as legislaturas"⁴⁶, tendo sua tese plenamente acolhida por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n.º 23.388/DF, junto ao Pleno do Supremo Tribunal Federal.

5 E aqui há de se destacar que, por questão de simetria constitucional, o restabelecimento da ordem democrática por meio de processo de *impeachment* não está adstrito à figura do Presidente da República ou dos Governadores do Estado ou do Distrito Federal, estendendo-se também ao Chefe do Poder Executivo Municipal, inclusive quanto a atos praticados em mandato eletivo anterior, na hipótese de reeleição.

Como bem destaca Mayr Gody, ao discorrer acerca da possibilidade de perda de mandato eletivo por parte de prefeitos, o

[...] reconhecimento constitucional da igualdade de tratamento devido a todos os responsáveis pelos governos dos Entes Federados, pela melhor doutrina e, mesmo, pela jurisprudência, era inquestionável que se atribuísse, aos Prefeitos, ouvido o Poder Legislativo do Município, as mesmas regras jurídicas de punição, postas para o Presidente da República e os Governadores dos Estados e Distrito Federal: afinal, todos eles são agentes políticos escolhidos por eleição para chefia de uma Entidade Federativa.⁴⁷

⁴⁶ TUMA, Robson. *Apud* STF, Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 23.388/DF, relator Ministro Néri da Silveira. Impetrante: Pedro Talvane Luís Gama de Albuquerque Neto. Impetrada: Câmara dos Deputados e Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados. Brasília, 25 nov. 1999.

⁴⁷ GODOY, Mayr. *Impeachment: Perda de mandato eletivo dos prefeitos*. In: **Impeachment: Instrumento da democracia**. São Paulo, Editora IASPP, 2016, p.364.

Em nosso ordenamento jurídico, pois, a cassação do mandato de prefeitos municipais depende da constatação, por parte da Câmara de Vereadores, da prática de infrações político-administrativas, assim compreendidas como aquelas que "[...] resultam de procedimento contrário à lei, praticados por agente político, ou quem lhe faça legitimamente as vezes, e relativas a específicos assuntos de administração"⁴⁸

O rol dos procedimentos ou atos administrativos infensos a preceitos legais, encontra-se previsto no art. 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67, cuja redação, à vista de sua notória relevância, merece integral transcrição:

Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

I - Impedir o funcionamento regular da Câmara;

II - Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;

III - Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;

IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade;

V - Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária;

VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro,

VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;

VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura;

IX - Ausentar-se do Município, por tempo superior ao permitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores;

X - Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.

E aqui sequer se pode cogitar eventual não recepção do Decreto-Lei n.º 201/67 pela Constituição Federal. A despeito dos largos debates doutrinários acerca da matéria, foi ela pacificada pelo Supremo Tribunal

⁴⁸ COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. São Paulo: Letras Jurídicas, 1998. p. 150-1.





ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

Federal que, tanto ao editar a Súmula n.º 496⁴⁹, como ao julgar os *Habeas Corpus* n.º 69.850/RS e 70.671/PI, firmou precedente no sentido de que o rol das infrações político-administrativas previsto no Decreto-Lei n.º 201/67 segue legitimamente existindo e vigorando em nosso ordenamento jurídico. *In verbis*, respectivamente:

DECRETO-LEI 201/67. VALIDADE. SÚMULA 496 DO STF. CASO DE EX-PREFEITO. I. O Decreto-lei 201 teve sua subsistência garantida pela Carta de 1967-69, e não é incompatível com a Constituição de 1988. É válido o processo que, nos seus termos, prossegue contra ex-prefeito, se o domínio versado não é o de verdadeiros delitos de responsabilidade (artigos 4º e seguintes), mas o de crimes ordinários, processados pela Justiça e sujeitos a penas de direito comum (artigos 1º a 3º). II. O habeas corpus não é sede idônea para a revisão – e menos ainda para a revisão precoce – do processo penal.⁵⁰

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. PREFEITO: CRIME DE RESPONSABILIDADE D.L. 201, de 1967, artigo 1º: CRIMES COMUNS. I. - Os crimes denominados de responsabilidade, tipificados no art. 1º do D.L. 201, de 1967, são crimes comuns, que deverão ser julgados pelo Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores (art. 1º), são de ação pública e punidos com pena de reclusão e de detenção (art. 1º, § 1º) e o processo é o comum, do C.P.P., com pequenas modificações (art. 2º). No art. 4º, o D.L. 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crimes de responsabilidade. II. - A ação penal contra prefeito municipal, por crime tipificado no art. 1º do D.L. 201, de 1967, pode ser instaurada mesmo após a extinção do mandato. III. - Revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. IV. - H.C. indeferido.⁵¹

⁴⁹ Súmula 496, STF: São válidos, porque salvaguardados pelas Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1967, os decretos-leis expedidos entre 24 de janeiro e 15 de março de 1967.

⁵⁰ STF, Habeas Corpus n.º 68.850/RS, Relator Ministro Francisco Rezek. Impetrante: Plínio de Oliveira Corrêa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília, 09 de fevereiro de 1994.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Habeas Corpus n.º 70.761/PI, Relator Ministro Carlos Veloso, Impetrante: Macário Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Brasília, 13 de abril de 1994.

Uma vez tendo sido assentadas as necessárias premissas acerca do conceito, natureza jurídica, finalidade, legitimação e alcance do processo de *impeachment*, bem como demonstrada a aplicabilidade do instituto, por espelhamento, às infrações político-administrativas praticadas pelos Chefes do Poder Executivo Municipal, faz-se possível iniciar o proferimento de voto propriamente dito.

III. Voto:

Em caráter prefacial, importa registrar que o presente voto será construído através da análise articulada e pontual das irregularidades que, de forma isolada ou em conjunto, foram até o momento apuradas nos processos licitatórios de serviço de transporte escolar.

Para tanto, após breve relatório, serão indicados os atos administrativos considerados irregulares, realizando-se seu cotejo com o conjunto probatório constante nestes autos para, ao final, tipificar-se as eventuais condutas praticadas pelo Sr. Prefeito Municipal que se subsumam à previsão do art. 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67.

1 DA ILICITUDE DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA N.º 09/2015 - POSSÍVEL PRÁTICA DE CONDOTA QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO ART. 4º, INCISOS VII E VIII, DECRETO-LEI N.º 201/67

1.1 Relatório:

1.1.1 Em 27 de novembro de 2015, a Administração Municipal tornou público o Edital de Concorrência n.º 09/2015, com o propósito de dar início a processo de licitação tendente à prestação de serviço de transporte escolar para alunos da educação fundamental e infantil das escolas da rede pública municipal e estadual, no território do Município de Montenegro (fls. 128-36).

Por entender que as cláusulas insertas no respectivo edital continham exigências ilegais, a empresa Alditur Transporte e Turismo Ltda. ME, na data de 03 de dezembro de 2015, impugnou o referido instrumento convocatório, questionando a licitude das exigências de capital social mínimo cumulado com garantia de proposta (4.1.3, "d" e "e"), assim como





a garantia de execução em patamar superior ao teto legal (11.3). Tudo consoante documento das fls. 773-8.

Da mesma forma, em 17 de dezembro de 2015, a empresa Mix Service Comércio e Serviço Ltda., ME apresentou impugnação ao instrumento convocatório que consta às fls. 765-70, insurgindo-se contra as cláusulas que diziam respeito à idade máxima dos veículos a serem utilizados (1.2), consolidação de capital social mínimo (4.1.3, "d") cumulada com garantia da proposta (4.1.3, "e"), responsabilidade técnica e capacidade técnica do licitante (4.1.5, "a" e "b"), garantia da execução (11.3) e prazo de vigência do contrato (11.3).

Em razão das questões suscitadas, o Município de Montenegro, na pessoa do Sr. Prefeito, exarou a decisão da fl. 771, na qual sustentou a legalidade da cumulação das qualificações econômico-financeiras e a possibilidade de exigência tanto de capital social registrado como de garantia de execução nos percentuais fixados no edital.

Dado o insucesso da impugnação apresentada, a empresa Alditur Transporte e Turismo Ltda. ME impetrou, ainda no final do mês de dezembro de 2015, os Mandados de Segurança n.º 018/1.15.0004475-0 e 018/1.16.0000003-8, ambos distribuídos à 2ª Vara Cível da Comarca de Montenegro, RS, em que teve deferida duas medidas liminares (fls. 779 e 792-3), na qual logrou ver reconhecida ilegalidade do capital social registrado, da garantia de proposta e da garantia de execução exigidas, cujos patamares foram reduzidos, bem como da exigência de registro da pessoa jurídica/responsável técnico junto ao Conselho Regional de Administração e de registro de Atestado de Capacidade Técnica de pessoa jurídica/responsável técnico junto ao mesmo órgão de classe.

Por sua vez, em 12 de janeiro de 2016, a empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME impetrou Mandado de Segurança, tombado sob o n.º 018/1.16.0000088-7, com trâmite perante a 2ª Vara Cível desta Comarca, em desfavor da Prefeitura Municipal de Montenegro, sob o argumento de que o Edital de Concorrência n.º 09/2015 estaria eivado de ilegalidades que, além de inviabilizarem sua participação no certame, também direcionariam o resultado do processo licitatório, situação esta que autorizaria sua suspensão e anulação (fls. 781-91).

A large, stylized handwritten mark, possibly a signature or initials, is located in the bottom right corner of the page.



À vista do indeferimento de pedido liminar em sede de primeiro grau de jurisdição, a impetrante interpôs Recurso de Agravo de Instrumento, autuado com o n.º 70067998468 e distribuído à 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sob a relatoria da Desembargadora Marilene Bonzanini.

Em decisão monocrática datada de 15 de fevereiro de 2016, a relatora, após analisar cada uma das cláusulas inclusas no instrumento convocatório e confrontá-las com a prova documental e as alegações apresentadas pela parte recorrente, concluiu que haver indícios de ilegalidades voltadas a restringir o caráter competitivo do processo licitatório (fls. 500-3)

De se registrar, por relevante, que o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, por meio de sua Procuradoria de Justiça, também emitiu parecer naqueles autos no sentido de que "[...] há suspeita de ilegalidade em alguns itens do edital, conforme declinado pelo agravante em suas razões, o que dá suporte à concessão da medida postulada".

Após o regular trâmite do feito n.º 018/1.16.0000088-7, na data de 31 de maio de 2016, foi proferida sentença (fl. 504-8), por meio da qual o Juízo de primeiro grau de jurisdição julgou procedente a ação e anulou não só o Edital de Concorrência n.º 09/2015, como também todos os atos administrativos a ele relacionados, por considerar que absolutamente todas as cláusulas impugnadas pela parte impetrante traziam em seu bojo exigências contrárias à Lei n.º 8.666/93, que, em última análise, frustravam o caráter competitivo do certame e estabeleciam injustificadas preferências entre os concorrentes.

A referida decisão foi objeto de Recurso de Apelação, autuado sob o n.º 70070850599, ainda não julgado pela 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça local.

Já os Mandados de Segurança n.º 018/1.15.0004475-0 e 018/1.16.0000003-8 ainda não foram julgados.

A handwritten signature in black ink, located at the bottom right of the page.

1.1.2 Paralelamente ao trâmite das já citadas ações judiciais, na data de 10 de janeiro de 2016, em razão de uma representação, a Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro emitiu Recomendação diretamente ao Sr. Prefeito Municipal de Montenegro, no sentido de que novos editais licitatórios não mais previssem a cumulação de requisitos de qualificação econômico-financeira dos interessados (fls. 426-7).

O Chefe do Poder Executivo Municipal foi notificado acerca do inteiro teor da já citada Recomendação na data de 26 janeiro de 2016, consoante certidão da fl. 428-verso.

1.2 Irregularidades constatadas: Cláusulas ilícitas no Edital de Concorrência n.º 09/2015 e Direcionamento do instrumento convocatório

1.2.1 A cláusula constante no item "1.2" do Edital de Concorrência n.º 09/2015, assim dispõe:

1.2 - a empresa vencedora deverá comprovar, no momento da assinatura do contrato, a capacidade de lotação no mínimo igual ou superior, à exigida para a linha, e que **os veículos a serem utilizados no transporte possuem no máximo: dez anos para micro-ônibus e quinze anos para ônibus.** (grifei)

Por sua vez, o art. 10, do Decreto n.º 5.161/2009, expressamente prevê que "A vida útil do veículo escolar é fixada em 12 anos (micro-ônibus) e 15 anos (ônibus), contados do ano de sua fabricação".

Ora, como bem salienta Maria Sílvia Zanella Di Pietro "[...] na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei"⁵², de modo que "a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite"⁵³.

No caso sob análise, pois, é de se concluir que, havendo ato normativo, editado pelo próprio Município, em que se considerou ser razoável a circulação de veículos de menor porte com até 12 (doze) anos de

⁵² DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 68.



idade, contados da data de sua fabricação, não pode a Administração Pública Municipal ignorar em absoluto o regramento por si criado e, sem qualquer respaldo técnico, passar a exigir de futuro prestador de serviço o uso de veículos que tenham vida-útil significativamente inferior.

Ao exigir que os micro-ônibus utilizados para o transporte de passageiros tenham idade máxima de 10 (dez) anos, a Municipalidade, pois, violou frontalmente o art. 10, do Decreto n.º 5.161/2009, bem como o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II⁵⁴, e art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal, além do *caput* do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93⁵⁵.

1.2.2 A mesma lógica há de ser empregada para a constatação da ilegalidade da exigência, em caráter cumulativo, da comprovação de capital social mínimo e de apresentação de garantia de proposta, prevista na cláusula "4.1.3", em seus itens "d" e "e". *In verbis*:

4.1.3 Documentos relativos à qualificação Econômico-Financeira: [...] d) **Comprovação de capital social, registrado e realizado, igual ou superior a R\$ 2.391.147,04**, admitindo-se a atualização destes para a data de apresentação da proposta, através de índices oficiais, mediante apresentação de um dos seguintes documentos: Certidão expedida pela Junta Comercial, Balanço Patrimonial, Contrato Social/Alteração Contratual registrados na Junta Comercial, Certificado de Capacidade Financeira Relativa de Licitante emitida pela Contadoria e Auditoria Geral do Estado – CAGE ou Atas de Assembleia Geral do Conselho de Administração de Diretoria, publicados.

e) Apresentação de **Garantia de Proposta no valor de R\$ 239.114,70**, nos termos do inciso III, do Artigo 31 da Lei n.º 8.666/93.

⁵⁴ 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 seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁵⁵ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



Isso porque, embora o art. 31, incisos I e III, da Lei n.º 8.666/93,⁵⁶ preveja a apresentação de prova de boa situação financeira e de garantia de proposta como formas de qualificação econômico-financeira do licitante, deve ele ser interpretado à luz do seu §2º, que expressamente estabelece que a Administração Pública, na execução de serviços, somente poderá exigir um ou outro documento qualificador. A saber:

§2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de **capital mínimo** ou de patrimônio líquido mínimo, **ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei**, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

O fato de o legislador haver optado por utilizar conjunção alternativa – e não aditiva – ao estabelecer a forma como deve se dar a comprovação da higidez econômico-financeira dos licitantes não deixa dúvida de que a sua intensão sempre foi a de que as exigências não fossem cumuladas, assim garantindo-se a participação de um maior número de interessados economicamente idôneos e a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

Outro não é o entendimento que se extrai da Súmula n.º 275, do Tribunal de Contas da União, que já no ano de 2012 assim definiu:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

⁵⁶ Art. 31: A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; [...] III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.



Não paira dúvida, por conseguinte, de que a Municipalidade ao demandar prova de mais de um qualificadora econômico-financeira, além de violar frontalmente o §2º, do art. 31, da Lei n.º 8.666/93, também maculou de forma incidental os princípios da legalidade, isonomia e impessoalidade, todos positivados no art. 3º, *caput*, do mesmo Diploma.

1.2.3 E mais. Da análise da redação da cláusula “4.1.3”, letra “d” é possível extrair uma segunda irregularidade.

Isso porque, em se tratando de procedimento licitatório cujo objeto é fracionado – a cláusula 1.2 prevê a possibilidade de cada uma das linhas ser explorada por um licitante– o valor do capital social consolidado a ser exigido do interessado deve ser diretamente proporcional ao(s) item(ns) com relação aos quais pretende concorrer.

Outra não é a interpretação que se extrai do §1º, do art. 31, da Lei n.º 8.666/93⁵⁷, que expressamente limita a exigência de demonstração de capacidade financeira do licitante aos “[...] compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato [...]”.

Aqui, cumpre fazer menção à lição de Maria Adelaide de Campos Franca, para quem as exigências de qualificação econômico-financeiras devem ser “aferidas de modo real, considerando-se a extensão do objeto da licitação e sem ser vista de modo absoluto [...] sob pena de favorecer às grandes empresas, em prejuízo das demais”⁵⁸.

Neste diapasão, é patente o fato de que a exigência de capital social mínimo à razão de 10% (dez por cento) do total do valor estimado de cada uma das linhas fere o art. 31, §1º, da Lei n.º 8.666/93, assim como os princípios da legalidade e da razoabilidade.

⁵⁷ Art. 31, § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

⁵⁸ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.60.



1.2.4 Relativamente à qualificação técnica dos interessados, dispõe a cláusula "4.1.5" do Edital de Concorrência n.º 09/2015, ser necessária a apresentação dos seguintes documentos:

4.1.5 Documentos relativos à Qualificação Técnica – "Do Licitante"

- a) **Certidão de Registro de Pessoa Jurídica e Certidão de Registro de Pessoa Física, na entidade profissional competente (RCA)**, sendo que as certidões expedidas por Conselhos de outras regiões, cuja circunscrição não seja a do Rio Grande do Sul, deverão receber visto do CRA-RS;
- b) **Atestado de capacidade financeira**, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que o responsável técnico (citado na – sic- item 27) e a empresa licitante tenham executado satisfatoriamente, contrato compatível com o objeto ora licitado, em características, quantidades e prazos. O atestado deverá estar **devidamente certificado pelo CRA-RS e acompanhado de sua respectiva RCA**.

Pois bem. Muito embora a exigência de inscrição de pessoa jurídica e de técnico responsável junto a órgão de classe não aparente, em um primeiro momento, ser irregular, um exame acurado do Edital de Concorrência n.º 09/2015 frente à Lei n.º 4.769/65 e Lei n.º 8.666/93 permite que se chegue à conclusão em sentido contrário.

Veja-se que, a teor da cláusula "1" do Edital supra referido, o objeto do processo licitatório é o "transporte escolar para alunos do Ensino Fundamental e Infantil, no território do Município".

A partir daí, fica evidente que todos os interessados em concorrer ao serviço devem, necessariamente, exercer atividade empresarial afeta ao transporte rodoviário ou coletivo de passageiros, em âmbito municipal (código 49.21-3-01 ou 49.29-9-01) ou transporte escolar (código 9.24-8-00).

Ora tais atividades, por sua natureza, não envolvem a prática de atos de administração e, por via de consequência, não demandam que a respectiva pessoa jurídica proceda a registro junto ao Conselho Regional de Administração, na forma do art. 15, da Lei n.º 4.769/65⁵⁹.

⁵⁹ Art 15: Serão obrigatoriamente registrados nos C.R.T.A. as empresas, entidades e escritórios técnicos que explorem, sob qualquer forma, atividades do Técnico de Administração, enunciadas nos termos desta Lei.



Neste sentido, colaciona-se a reiterada e pacífica jurisprudência dos Tribunais pátrios:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. **CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO**. EMPRESA DE TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. ATIVIDADE BÁSICA. **DESNECESSIDADE DE REGISTRO NO CRA**.1. Considerando que a exigibilidade da anuidade é determinada pela atividade básica ou pela natureza dos serviços prestados pela pessoa jurídica (art. 1º da Lei 6.839/80), bem como sendo as atividades realizadas pela empresa apelante incompatíveis com a necessidade de inscrição junto ao Conselho de Administração, resta mantida a sentença de procedência do feito.2. **Consoante precedentes desta Corte, as atividades relacionadas à prestação de serviços de transporte de pessoas e de limpeza urbana não envolvem atos de administração, o que afasta a necessidade de registro da empresa embargada perante o órgão fiscalizador exequente.**⁶⁰(grifei)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. **CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO - CRA. ATIVIDADE BÁSICA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGA E ATIVIDADES DE LOGÍSTICA INTEGRADA. (DES) NECESSIDADE DE REGISTRO NO CRA**. - Somente as empresas que têm como atividade-fim o exercício profissional da administração, ou que prestem serviços relacionados a esse ramo, é que estão obrigadas a se registrarem no Conselho Regional de Administração. - In casu, **a impetrante tem por objeto o transporte rodoviário de cargas em geral, intermunicipal, não estão obrigadas ao registro ou submetidas à fiscalização do Conselho Regional de Administração.** Precedentes deste Tribunal.⁶¹ (grifei)

Ademais, como bem salientado pelo Dr. André Luís de Aguiar Tesheiner, por ocasião do deferimento da medida liminar que consta à fl. 780 destes autos, “não há justificativa para se exigir que conste Administrador diplomado do quadro de pessoal de uma empresa de transportes, tratando-se de requisito dispensável ao cumprimento do objeto da licitação”.

⁶⁰ TRF4, 2ª Turma, Apelação Cível n.º PR 5039062-08.2013.404.7000, julgado em 7 de Julho de 2015, Relatado por CLÁUDIA MARIA DADICO.

⁶¹ TRF4, 4ª Turma, Apelação Cível n.º 5084686-66.2016.404.7100, julgado em 12 de Julho de 2017, relatado por VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA.



Esta mesma lógica há de ser estendida ao Atestado de Capacidade Técnica. Isso porque se para realizar sua atividade econômica o interessado e seu responsável técnico não precisam ter registro junto ao Conselho Regional de Administração, por certo os atestados de capacidade técnica a serem por si apresentados ao Poder Executivo não devem depender de registro em órgão da mesma natureza.

Sendo a desnecessidade de registro de pessoa jurídica e responsável técnico atuantes no ramo de transportes junto ao Conselho Regional de Administração fato – há muito – incontroverso, tem-se que a inclusão de exigência neste sentido em edital licitatório acaba por violar, o art. 15, da Lei n.º 4.769/65 e o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, e art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal, além do *caput* do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93. Tudo sem prejuízo da mácula ao inciso I⁶², do §1º, do mesmo art. 3º, de acordo com o qual é proibido à Administração Pública incluir nos atos de convocação cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo inerente às licitações.

1.2.5 Em continuação à análise das cláusulas do Edital de Concorrência n.º 09/2015 que, em tese, trariam alguma irregularidade em seu bojo, cumpre transcrever a que segue:

11.3 - O licitante vencedor deverá apresentar **comprovação de recolhimento de garantia de execução, no valor de 10% da proposta vencedora**, a ser apresentado no ato da assinatura do Contrato de Prestação de Serviços, em uma das modalidades previstas no art. 56, da Lei n.º 8.666/93.

A ilegalidade da previsão supra, no âmbito da contratação de serviço de transporte escolar, cujo objeto é fracionado, salta aos olhos.

⁶² Art. 3º, § 1º: É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.



Em que pese seja perfeitamente possível, à vista do disposto no *caput* do art. 56, da Lei n.º 8.666/93⁶³, que o ente público inclua no ato convocatório exigência no sentido de que os interessados apresentem garantia à respectiva proposta, tem-se que, a teor do §2º do mesmo dispositivo, esta garantia, como regra, não poderá ultrapassar o equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do contrato.

A possibilidade de se demandar a apresentação de garantia no patamar de 10% (dez por cento) do valor do contrato, registra-se, está adstrita àquelas hipóteses elencadas no art. 56, §3º, da Lei n.º 8.666/93 e, ainda assim, é condicionada à prévia aprovação de parecer técnico pela autoridade competente – o que a toda obviedade não se coaduna com o caso em testilha.

Como bem destacou o Juízo *a quo*, nos fundamentos da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 018/1.16.0000088-7,

Quanto à exigência da cláusula 11.3, relativa à comprovação de recolhimento de garantia da execução, estabelecida em 10% (dez por cento) da proposta vencedora, também **excedeu ao previsto na legislação, vale dizer, art. 56, §2º e §3º, da Lei nº 8.666/93**, uma vez que embora a exigência da prestação da garantia nas contratações de serviços fique a critério da autoridade competente, a própria legislação estabelece o limite de 5% do valor do contrato (§ 2º do art. 56 da Lei de Licitações). **Somente poderia ser elevada dita exigência para 10% se fundamentada em parecer técnico aprovado pela autoridade competente se se tratar de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e**

⁶³ Art. 56: A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; II - seguro-garantia; III - fiança bancária. § 2º A garantia a que se refere o *caput* deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. § 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.



riscos financeiros consideráveis, o que não restou demonstrado nos autos. (grifei, fl. 507-verso)

Forçoso reconhecer, em face da fundamentação já adotada e das próprias ponderações advindas do Poder Judiciário, que a previsão constante na cláusula "11.3" do instrumento convocatório não se coaduna com o art. 56, §2º, da Lei n.º 8.666/93 e, por conseguinte, os princípios da legalidade e razoabilidade, já sobejamente referidos.

1.2.6 Em continuação, passa-se à análise da seguinte cláusula editalícia:

11.3 - sic - O prazo de vigência do contrato será de 12 (doze) meses, a contar de sua assinatura. Parágrafo único: o contrato poderá ser prorrogado por iguais e sucessivos períodos, até o limite de 60 (sessenta) meses. (grifei)

A licitude da referida previsão há de ser aferida a partir do confronto do *caput* e do inciso II, ambos do 57, da Lei n.º 8.666/93⁶⁴ com as características próprias dos contratos de transporte escolar.

Do citado artigo de Lei, extrai-se máxima de acordo com a qual os contratos celebrados pela Administração Pública vigerão pelos mesmos prazos previstos na Lei Orçamentária para a respectiva despesa. Esta regra só poderá ser excepcionada quando, em se tratando de prestação de serviços, sua execução for continuada, hipótese na qual será admitida vigência por períodos sucessivos de 12 (doze) meses, até o limite de 60 (sessenta) meses.

Ocorre, todavia, que a continuidade não é uma qualidade do serviço de transporte rodoviário de passageiros, na modalidade de transporte escolar⁶⁵, porquanto, como é cediço, as escolas da rede pública estadual e

⁶⁴ Art. 57: A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

⁶⁵ Acerca do período de duração da vigência de contratos de transporte escolar: "DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA.



municipal, tanto na educação infantil como na fundamental, possuem previsão, em seu calendário escolar, de período de recesso de inverno e férias nos meses de verão.

É o que se verifica, a título de exemplo, das informações constantes no Ofício n.º 31/2016 e de seu anexo Calendário Escolar (fls. 592-3). Nos citado documentos, a Secretaria Municipal de Educação e Cultura atesta que, para o ano letivo de 2016, as aulas se iniciariam apenas em 22 de fevereiro de 2016 e se encerrariam em 20 de dezembro do mesmo ano. Tudo sem prejuízo de recesso no período de 20 a 31 de julho de 2016.

Fica evidente, portanto, que **entre o término do ano letivo de 2016 e o início do ano letivo de 2017** – com data estimada em 20 de fevereiro de 2017 – **haveria necessariamente uma solução de continuidade na prestação do serviço de transporte público por cerca de 60 (sessenta) dias**, o que não só impediria a aplicação do inciso II, do art. 57, da Lei n.º 8.666/93 à respectiva contratação, como também permitia perfeitamente que a Administração Pública, com a diligência e antecedência necessárias, desse azo a novo procedimento licitatório, com o mesmo objeto, destinado a atender ao ano letivo de 2017.

Aliás, foi com supedâneo nas mesmas premissas ora estabelecidas que o Juízo da 2ª Vara Cível desta Comarca, em sede de sentença, entendeu que

CONTRATO ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE ESCOLAR MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PROVA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NO PERÍODO DE FÉRIAS ESCOLARES. INADIMPLÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. ÔNUS QUE INCUMBE AO AUTOR. ART. 333, I, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. O objeto da ação originária é a cobrança de R\$ 10.475,52 (dez mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e cinquenta e dois centavos), referente a quatro parcelas anuais que não foram pagas pelo apelado, em decorrência da prestação de serviços de transporte escolar pelo apelante, durante os anos de 2005 a 2008. [...]. 4. Deste modo, **correta a sentença que concluiu pela ausência de prova da prestação do serviço nos meses impugnados, notadamente ante a vigência do contrato pelo prazo de 11 (onze) meses por ano, tendo em vista a ocorrência de férias escolares e desnecessidade de transporte neste período.** [...]" (grifei, transcrição parcial da ementa) *In*: TJCE, 6ª Câmara Cível. Apelação Cível n.º 0000026-17.2010.8.06.0127, publicado em 14/09/2015, relatado por MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES.





[...] tendo em conta o ano letivo a prestação de serviço ser mais intensa em alguns meses do que em outros, deve o impetrado demonstrar a necessidade do serviço durante os 12 meses do ano exigidos, em consonância ao princípio da publicidade, fundada em critérios de interesse público. (fl. 508)

Premente, por conseguinte, reconhecer a ilegalidade da cláusula sob comento por violação direta do art. 57, da Lei n.º 8.666/93, além da mácula aos princípios da legalidade e da publicidade, estes últimos inerentes a todo e qualquer ato administrativo e especialmente exigíveis em seara licitatória, a teor do já mencionado *caput* do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93.

1.2.7 Por final, há de se fazer ressalva do sentido de que as cláusulas "2.1", "4.1.3 - a e b", "4.1.5 - d e 'e'", "11.3" e "11.3" do Edital de Concorrência n.º 09/2015, quando analisadas de forma conjunta, revelam propósito de direcionamento do processo licitatório em absoluta incompatibilidade com a previsão do já mencionado art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93.

Explica-se. Embora a leitura isolada de cada uma delas possa induzir à suposição de se tratarem de cláusulas não propositadamente irregulares, advindas talvez de uma cautela maior do Administrador, sua análise em conjunto revela a real intenção de se discriminar os interessados no certame, favorecendo-se aquele de maior porte em detrimento daquelas empresas de estrutura física e econômica menores, mas nem por isso inidôneas.

Veja-se, neste sentido, que a exigência de disponibilidade de veículos mais novos, de capital social mínimo calculado sobre a totalidade das linhas a serem exploradas e pelos 05 (cinco) anos de pretendida vigência, de garantia de proposta no patamar de 10% do valor total do contrato, de registro junto à órgão de classe estranho à atividade principal em muito estreitam, senão totalmente eliminam, a possibilidade de empresas menores efetivamente participarem do certame.

Ademais, tais previsões acabam por prejudicar o principal propósito de uma licitação sob a modalidade de concorrência e com critério de menor preço: permitir que a Administração Pública contrate a proposta mais vantajosa.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'L' and 'S' shape, is located in the bottom right corner of the page.

O edital publicado que, em última análise, frustra ou mesmo impossibilita a participação de interessados idôneos em razão de profusas exigências ilegais, por certo não atente aos primados da supremacia do interesse público, da impessoalidade, da isonomia, da razoabilidade e da moralidade que devem ser ínsitas a todo o qualquer ato administrativo, razão pela qual sua ilicitude há de ser reconhecida também em caráter conglobante.

À vista das razões de natureza estritamente jurídica já expostas, pois, é inexorável que se reconheça a ilegalidade das cláusulas "2.1", "4.1.3 - a e b", "4.1.5 - d e 'e'", "11.3" e "11.3" e a consequente ilicitude dos atos administrativos⁶⁶ que as instituíram e mantiveram.

1.3 Infrações político-administrativas:

Como bem sustenta a doutrina, a responsabilização do administrador público na esfera político-administrativa depende da constatação da prática de condutas comissivas ou omissivas, culposas ou dolosas, que venham a trazer prejuízos ao interesse público:

O administrador público no exercício de suas funções deve adotar conduta ética e honesta com base na boa-fé, sendo assim, não basta o cumprimento dos preceitos legais, deverá observar também o administrador, os princípios éticos, honestos e justos, portanto observar o princípio da moralidade, sem o qual todo e qualquer ato administrativo não terá validade. Assim, o agente público no exercício de suas funções poderá ser responsabilizado, por dolo ou culpa, por seus atos ou omissões no exercício de sua função pública. O dolo se caracteriza pela vontade livre e consciente de agir de forma ímproba, causando dano ao erário; a culpa se caracteriza pela negligência, imprudência, imperícia ou omissão que venham trazer prejuízos à Administração Pública. **Numa e noutra situação,**

⁶⁶ Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.





dolo ou culpa, ação ou omissão, o crime de responsabilidade estará tipificado.⁶⁷(grifei)

Por esta razão, é necessário perscrutar se e em que extensão o Sr. Luiz Américo Alves Aldana, na condição de Prefeito do Município de Montenegro, adotou comportamento comissivo e/ou omissivo que se amolde a alguma das infrações político-administrativas prevista no rol do art. 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67.

1.3.1 Da infração do art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67: Prática de ato contrário Lei

1.3.1.1 Pois bem, consoante se verifica da prova coligida nestes autos, foi o Sr. Luiz Américo Alves Aldana, na qualidade de Prefeito Municipal de Montenegro, que firmou, na data de 26 de novembro de 2015, o Edital de Concorrência n.º 09/2015.

Ao fazê-lo, a teor da interpretação do art. 4º, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93, **praticou ato administrativo formal**, que, embora tenha caráter assessorio, indubitavelmente gerou efeitos jurídicos imediatos, porquanto criou direitos e obrigações, respectivamente, para a iniciativa privada e para Administração Pública. A saber:

Existem, no entanto, determinados atos que são preparatórios ou acessórios do ato principal, mas que não podem ser excluídos da noção de ato administrativo, **porque ou integram um procedimento ou fazem parte de um ato complexo. Nesse caso, eles são condições de validade do ato principal; sem eles, este não produz efeitos jurídicos; além disso, pode ser impugnado separadamente.** Cite-se o exemplo dos atos que compõem o procedimento de licitação ou de um concurso público de ingresso no funcionalismo.⁶⁸ (grifei)

Ocorre, todavia, que embora tal ato tenha sido praticado por sujeito competente e tenha observado a forma legal, **padece ele de legalidade,**

⁶⁷ OLIVEIRA, Katia. **Crime de Responsabilidade por ação e omissão.** Disponível em: < <https://blogkatia.wordpress.com/2015/12/06/crime-de-responsabilidade-por-acao-e-omissao/>>. Acesso em 28 jul. 2017.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 190.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'L' and 'B' shape, is located in the bottom right corner of the page.

seja por seu conteúdo violar diversas previsões legais, seja pela ocorrência de desvio de finalidade.

1.3.1.1.1 No que tange especificamente à ilegalidade do conteúdo do ato administrativo, fica ela evidenciada a partir da análise de cada uma das cláusulas irregularmente incluídas no ato convocatório.

Como extensamente visto, a cláusula "1.2", ao exigir dos licitantes a utilização de veículos com vida-útil de até 10 (dez) anos **infringiu a legislação municipal, notadamente, o art. 10, do Decreto-Lei n.º 5.161/2009**, que estabelece prazo no patamar de 12 (doze) anos.

Trata-se, é importante destacar, de norma legal editada pelo próprio município há cerca de 08 (oito) anos, de modo que tanto sua natureza jurídica quanto a sua vigência e aplicabilidade às atuais licitações é incontestável.

No mesmo sentido, a exigência cumulativa de garantias econômico-financeiras que constou nos itens "d" e "e" da cláusula "4.1.3" representa **frontal violação do art. 31, §2º, da própria Lei n.º 8.666/93**, que em seu bojo deixa clara a impossibilidade de se exigir, de forma cumulativa, comprovação de idoneidade financeira por meio de capital social mínimo e apresentação de garantia de proposta.

Aqui, aliás, sequer se pode admitir argumento no sentido da existência de discussões acerca da interpretação a ser dada ao supracitado dispositivo de Lei, na medida em que, já no ano de 2012, o Tribunal de Contas da União, por meio da Súmula n.º 275, sustentou a não cumulatividade das qualificações econômico-financeiras, em entendimento que é reiteradamente avalizado pelos Tribunais:

REEXAME NECESSÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA.
ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MODALIDADE. CONCORRÊNCIA.
CONTRATO DE PUBLICIDADE. ADEQUAÇÃO DO EDITAL
LICITATÓRIO, COM A **INCLUSÃO DE EXIGÊNCIAS RELATIVAS
À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO
PARTICIPANTE**. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.
PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AVALIAÇÃO RESTRITA
À LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO
JUDICIÁRIO NOS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E





ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SEGURANÇA CONCEDIDA. PROCEDÊNCIA DO REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA CASSADA. SEGURANÇA DENEGADA. 1. É pressuposto para a habilitação ao certame o interessado apresentar documentação relativa à sua qualificação econômico-financeira, consoante art. 27, III, da Lei nº 8.666/93. 2. **Os requisitos para a habilitação dos licitantes, no que diz com a qualificação econômico-financeira não podem ser colocados de forma cumulativa, tal como alerta a Súmula 275/2012-TCU, sob pena de ofensa ao art. 31, § 1º, Lei nº 8.666/93.** 3. Definir o valor do patrimônio líquido a ser comprovado pelo licitante para habilitar-se na concorrência relativa ao contrato a ser firmado pela Secretaria de Comunicação do Estado do Acre adentra no mérito do ato administrativo, o que é defeso ao Poder Judiciário. Sua competência restringe-se, unicamente, ao exame do ato administrativo sob o aspecto da legalidade, e não quanto aos juízos de conveniência e oportunidade quanto aos valores definidos no tocante à qualificação econômico-financeira. 4. Remessa Necessária procedente. Sentença cassada. Segurança denegada.⁶⁹

Por seu turno, a cláusula "4.1.5", em seus itens "a" e "b" contém **exigência que fere o art. 15, da Lei n.º 4.769/65 e também o art. 3º, caput e §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93**, de cuja interpretação conjunta se extrai ser inexigível registro junto ao Conselho Regional de Administração de pessoas físicas e jurídicas que, respectivamente, não pratiquem ou explorem atividades básicas de natureza administrativa, sob pena de frustração da competitividade do processo licitatório.

Ora, além da flagrante ilegalidade – que vai contra a própria jurisprudência consolidada dos Tribunais – é absolutamente irrazoável que a Administração Pública Municipal demande das empresas que com ela pretendem licitar serviço de transporte prova de uma inscrição que sequer é exigida pelo próprio Conselho de Administração.

Se nem mesmo o órgão que fiscaliza e disciplina a atividade administrativa entende ser o registro necessário, não pode o Poder Público Municipal exceder à sua competência e assim fazê-lo!

⁶⁹ TJAC, 2ª Câmara Cível, Reexame Necessário n.º 0700632-85.2017.8.01.0001, publicado em 24 de julho de 2017, julgado em 21 de julho de 2017, relatado por Des. Júnior Alberto.

Da mesma forma, é evidente a ilicitude da cláusula "11.3" do Edital de Concorrência n.º 09/2015, uma vez que ao estabelecer percentual máximo de garantia da proposta no montante de 10% (de por cento) do valor total do contrato, não só **feriu o inteiro teor da regra prevista no art. 56, §1º, da Lei n.º 8.666/93, como também a parte inicial do art. 31, §1º, da Lei n.º 8.666/93**, que limita a garantia econômico-financeira ao valor que cada licitante pretende assumir, quando o objeto a ser licitado puder ser fracionado.

Outrossim, a cláusula "11.3", esta pertinente ao período de vigência do contrato, **maculou o art. 57, inciso II, da Lei n.º 8.666/93**, porquanto ignorou por completo que a natureza do serviço de transporte escolar determina sua interrupção nos períodos de recesso e férias escolares - que no Município de Montenegro, tomando-se por base o calendário da fl. 593, estende-se por cerca de 90 (noventa) dias por ano -, tratando-o como se serviço contínuo fosse.

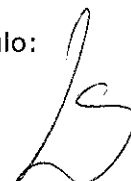
Em suma, pois, **ao praticar ato administrativo formal, consistente em firmar o Edital de Concorrência n.º 09/2015, o Sr. Prefeito Municipal violou cada um dos dispositivos legais supra indicados, em situação que por si só já permite o enquadramento de sua conduta no tipo previsto no art. 4º, inciso VIII, do Decreto n.º 201/67.**

1.3.1.1.2 Por seu turno, a ilegalidade decorrente de desvio de finalidade do ato administrativo advém do fato de que as cláusulas insertas no Edital de Concorrência n.º 09/2015, quando analisadas de forma conglobada, demonstram claro direcionamento da licitação.

Prefacialmente, merece registro que "finalidade é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato"⁷⁰. Diz-se que, além de visarem a um fim específico, previsto em Lei, todos os atos administrativos têm como finalidade um resultado de interesse público⁷¹.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 202.

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, p. 149-50.



Por conseguinte, há desvio de finalidade ou de poder, quando “[...] o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele explícita ou implicitamente previsto na lei”⁷².

A configuração do desvio de poder, segundo a melhor doutrina, pode advir tanto da vontade subjetiva do administrador de desvirtuar a lei, como também de ato praticado de boa-fé e que, ainda assim, não tenha alcançado o fim pretendido pelo legislador e/ou o interesse público. *In verbis*:

Comumente, de fato, o desvio de finalidade se caracteriza pela existência do mencionado vício de intenção revestido pelo desejo de satisfação de vontade pessoal. Todavia, o ato da mesma forma encontra-se evitado de desvio de finalidade sempre que manter relação inadequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado.⁷³

Dada a dificuldade de se comprovar o elemento anímico do agente, mormente se considerado que o ato é praticado com intenção ilegítima, mas com ares de legalidade, é que se tem condicionado a sua constatação à presença de indícios, de elementos objetivos que tornam presumível a obtenção de fim não previsto em lei:

[...] O ato praticado com desvio de finalidade – como todo ato ilícito e imoral – é praticado – ou é consumado às escondidas ou se apresenta sob o capuz da legalidade do interesse público. **Diante disso há que ser surpreendido por circunstâncias que revelem a distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador. A propósito, já decidiu o STF que ‘indícios vários e concordantes são provas.** [...] Tudo isso dificulta a prova do desvio de poder ou finalidade, mas não a torna

⁷² DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 232.

⁷³ SIGARINI, Danilo Cavalcante. **O desvio de poder e a Administração Pública**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6734>. Acesso em 30 jul. 2017.



impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou.⁷⁴

Esses indícios, é importante ressaltar, incluem - mas não se limitam - à contradição do ato com os atos ou medidas anteriores, à contradição do ato com atos ou medidas posteriores, à motivação excessiva, contraditória ou insuficiente, à alteração dos fatos, à injustiça manifesta, ilogicidade manifesta e à disparidade de tratamento⁷⁵.

E é justamente a partir da análise dos indícios supra transcritos que se pode formar convicção segura no sentido do desvio de poder que pautou a aprovação e posterior publicação do Edital de Concorrência n.º 09/2015.

Senão, veja-se que o Comunicado de Contratação Emergencial de Transporte Escolar oriundo do Processo n.º 5951/2015 (fls. 453-4), que foi o instrumento convocatório imediatamente anterior ao Edital de Concorrência n.º 09/2015 **não continha em seu texto previsão correlata às cláusulas "1.2", "4.1.3 - letras d e 'e'", "4.1.5 - letras a e b" e "11.3 - garantia de proposta" supra, evidenciando a absoluta contradição entre o ato anterior e o ato posterior praticados pelo Sr. Prefeito Municipal.**

De igual sorte, o Comunicado de Contratação Emergencial de Transporte Escolar oriundo do Processo n.º 996/2016 (fls. 374-7), que foi o instrumento convocatório imediatamente posterior ao Edital de Concorrência n.º 09/2015 **deixou de prever a cumulativamente a qualificação econômico-financeira que então constava na cláusula "4.1.3 - letras d e 'e'" - embora tenha mantido outras ilegalidades, que serão objeto de análise em momento oportuno - o que também comprova contradição entre a medida anterior e a subsequente.**

Aliás, neste particular merece destaque o fato de que a exigência cumulada de prova de qualificação econômico-financeira foi considerada

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, p. 111.

⁷⁵ SIGARINI, Danilo Cavalcante. **O desvio de poder e a Administração Pública**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6734>. Acesso em 30 jul. 2017.



ilegal pelo próprio Ministério Público, que justamente por entender que tal medida frustrava a competitividade inerente ao procedimento licitatório, recomendou expressamente que a previsão não fosse repetida pela Municipalidade em instrumentos convocatórios futuros (fls. 426-7).

Tudo sem prejuízo do fato de que a Desembargadora Marilene Bonzanini **expressamente reconheceu a existência de indícios de disparidade de tratamento e/ou de injustiça manifesta advindo de conjunto de requisitos que frustram a competitividade inerente às licitações:**

É inegável que o teor de tais alegações revela indícios de possíveis ilegalidades consubstanciadas em cláusulas de edital que exigem o cumprimento de uma série de requisitos cuja **imposição não encontra supedâneo na legislação pertinente, tampouco nos postulados do princípio da razoabilidade, sobretudo por ostentarem potencial apto a violar a ampla competitividade, norma matriz da modalidade de concorrência.** (grifei, fl. 502)

E aqui repousa a prova cabal do direcionamento da licitação e do consequente desvio de finalidade do ato. O conjunto das cláusulas inseridas, de forma inovatória, no Edital de Concorrência n.º 09/2015, inviabilizou que empresas de menor porte – como Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME e Alditur Transportes e Turismo Ltda. ME – pudessem participar do certame.

A deliberada diminuição da vida-útil dos veículos, quando combinada com a necessidade de se prestar garantia à execução em 10% (dez por cento) do valor do contrato, de se apresentar capital social consolidado na casa de R\$ 2.391.147,04 (dois milhões trezentos e noventa e um mil cento e quarenta e sete reais e quatro centavos) – mesmo sendo o objeto do contrato fracionado – e de se ter inscrição em órgão de classe não vinculado à atividade-fim, essencialmente conduziram à possibilidade de habilitação, apenas da empresa de maior porte com interesse em prestar o serviço: Construtora JLV Ltda.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "nulo é o edital omissivo em pontos essenciais ou que contenha disposições discricionárias ou



preferenciais [...] conduzindo a licitante certo, sob a falsa aparência de uma convocação igualitária”⁷⁶.

O agente que avalia edital tendencioso, que contém previsões que fogem à razoabilidade e à legalidade, viola a moralidade ínsita à prática de todos os atos administrativos e, como tal, pratica ato ímprobo e viola os princípios insculpidos no *caput* do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, além de ferir o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, por frustrar o caráter competitivo do certame.

Dúvida não há, a partir do exposto, que **ao firmar o Edital de Concorrência n.º 09/2015, em situação de desvio de poder, o Sr. Luiz Américo Aldana, praticou ato administrativo contrário à expressa previsão legal, assim incidindo na conduta prevista pelo inciso VIII, do art. 4º, do Decreto-Lei n.º 201/67.**

1.3.1.2 Aqui há de se registrar que mesmo não tendo sido o Sr. Prefeito o responsável pela redação do Edital de Concorrência n.º 09/2015, certamente tomou o cuidado de previamente lê-lo e examiná-lo, inclusive com relação às suas implicações jurídicas, antes de assiná-lo.

O ato de apor assinatura em um documento, mormente em se tratando da prática de ato administrativo formal, é exteriorização de manifestação inequívoca de vontade e faz presumir a integral concordância do subscritor com o inteiro teor do documento firmado.

Assim, forçoso reconhecer que **a prática de ato contrário à previsão legal ocorreu sob a modalidade dolosa.**

E aqui não se pode admitir eventual alegação no sentido de que o agente político, ao firmar o Edital de Concorrência n.º 09/2015, não tinha condições de avaliar a ilegalidade das cláusulas ali insertas.

A uma, porque no caso sob exame o tão só fato de o Edital de Concorrência n.º 09/2015 conter em seu texto cláusulas novas, que até

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, p. 111.



então não vinham previstas nas Comunicações de Contratação de Emergência de Transporte Escolar que haviam sido publicadas na mesma gestão, já exigia da autoridade competente comportamento diligente no sentido de examinar os novos conteúdos de forma detalhada, com o fito de se assegurar de sua licitude formal e material.

A duas, porque é primado vigente em nosso ordenamento jurídico que "ninguém pode alegar o desconhecimento da Lei para se escusar de cumpri-la"⁷⁷.

Neste sentido, merece ser colacionado *decisum* no qual foi registrado que o agente público não pode buscar se eximir de irregularidades cometidas no âmbito de processo licitatório sob a alegação de falta de conhecimento da Lei:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LIMINAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. PRESENÇA DOS REQUISITOS. PARECER JURÍDICO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CARÁTER NÃO VINCULANTE. AGENTE PÚBLICO. **OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INESCUSABILIDADE DO DESCONHECIMENTO DA LEI. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA.** NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERICULUM IN MORA. PRECEDENTE DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. [...] 4. - **Refuta-se a alegação do agravante de que não possuía conhecimento técnico-jurídico em relação às determinações e especificidades previstas na Lei de Licitações porquanto nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.** 5. - O princípio da legalidade é diretriz de atuação de qualquer agente público. [...] ⁷⁸. (grifei, transcrição parcial da ementa)

Aliás, a alegação de desconhecimento da lei seria ainda mais inservível no caso concreto se considerado que o Sr. Prefeito é, também bacharel em direito e por longo período exerceu atividade de registrador – fatos estes de conhecimento público –, qualificação esta que lhe confere plenas condições de não só compreender, mas também de avaliar a licitude

⁷⁷ Art. 3º, Lei de Introdução ao Código Civil: Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

⁷⁸ TJES, 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento n.º 0016668-87.2014.8.08.0024, Relator Des. Dair José Bregunze de Oliveira, publicado no DJ de 16.12.2014.



de cada uma das previsões licitatórias constantes na documentação que foi submetida a seu crivo.

1.3.2 Da infração do art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67: Omissão e negligência na defesa dos interesses do Município:

De igual sorte, o Sr. Luiz Américo Alves Aldana se omitiu e negligenciou na defesa dos interesses do Município a partir do momento em que, tendo sido comunicado acerca das irregularidades das cláusulas "1.2", "4.1.3, a e b", "4.1.5, d e e", "11.3" e "11.3" do Edital de Concorrência n.º 09/2015, seguiu sustentando sua legalidade e deixou de anular a respectiva licitação.

1.3.2.1 Já de início, cumpre registrar que, em razão da impugnação ao Edital de Concorrência n.º 09/2015, apresentada pela empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME, o Sr. Prefeito Municipal de Montenegro tomou conhecimento inequívoco da existência das cláusulas irregulares nele apostas.

Senão veja-se que, embora tenham sido questionadas na impugnação apresentada pela empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME um total de 05 (cinco) cláusulas do instrumento convocatório, o Chefe do Poder Executivo local, ao proferir a decisão da fl. 771, somente sustentou a licitude das exigências de cumulação de capital social mínimo registrado e de garantia de proposta, bem como de garantia à execução em 10 (dez) pontos percentuais, calculados sobre o valor total do contrato, **tendo silenciado acerca das demais irregularidades suscitadas, o que evidencia que sabia não dispor de argumentos jurídicos para sustentar sua licitude.**

Ao tomar conhecimento da existência de cláusulas editalícias ilegais, deveria ter obrado com zelo pelos interesses do Município e, de imediato, declarado a inaplicabilidade das respectivas previsões ao certame, assim garantindo a participação de um número maior de interessados no procedimento licitatório e aumentando exponencialmente a possibilidade de contratação da proposta efetivamente mais vantajosa.





Isso, contudo, não ocorreu. E a conduta do Sr. Prefeito, de deliberadamente manter previsões que sabia serem contrárias aos princípios da legalidade, razoabilidade e isonomia, certamente afetou negativamente os interesses do Município.

1.3.2.2 E mais. Conforme certidão que consta no verso da fl. 428 dos autos, na data de 26 de janeiro de 2016, o Prefeito Municipal de Montenegro foi notificado pela Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro, para que tomasse ciência e atendesse à Recomendação n.º 01/2016, cujo teor segue parcialmente transcrito:

CONSIDERANDO que **procedimentos licitatórios abertos pelo Município têm colocado como requisitos para habilitação dos interessados, de forma cumulada, o recolhimento de garantia de manutenção de proposta e de comprovação de capital social**, a exemplo das Tomadas de Preços n.º 36/2015, 37/2015, 38/2015, 38/2015, 40/2015, 41/2015, 42/2015, 43/2015, 44/2015 e 45/2015, **dos quais alguns já foram anulados administrativamente ou objeto de demanda judicial, o que acaba por retardar a realização de serviços essenciais à coletividade**,
RECOMENDA ao Senhor Prefeito Municipal que, por ocasião do lançamento de novos editais licitatórios, **se abstenha de cumular requisitos de qualificação econômico financeira [...]**. (grifei, fls. 426-7)

Ao receber o citado documento, o Chefe do Poder Executivo após ressalva com a seguinte redação: "A recomendação é de clareza e precisão indiscutível; e me causa estranheza o acontecimento ilegal na licitação" (fl. 428)

Fica evidente, portanto, que na citada oportunidade, o Sr. Prefeito **não só concordou com a orientação exarada pela Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro, como também admitiu expressamente a ilegalidade da cláusula "4.1.3", em seus itens "a" e "b", do Edital de Concorrência n.º 09/2015.**

Aliás, sua conduta neste particular beira a má-fé. Ora, **se em 26 de janeiro de 2016 considerou ilegal a exigência cumulativa de qualificadores econômico-financeiras, porque em 28 de dezembro de 2015 emitiu decisão em que sustentava a licitude da prática?**

A large, stylized handwritten mark or signature is located in the bottom right corner of the page.

Digno de nota, também, o fato de que na data em que o agente político foi notificado da Recomendação n.º 01/2016, já havia chegado a seu conhecimento o ajuizamento dos Mandados de Segurança n.º 018/1.15.0004475-0, 018/1.16.0000003-8 e 018/1.16.0000088-7, cujo objeto envolvia, também, a anulação da já citada cláusula "4.1.3", itens "a" e "b", de sorte que já era possível antever sua inevitável anulação pela via judicial.

1.3.2.3 Assim, seja porque já em momento antecedente à fase de habilitação tomou conhecimento das cláusulas ilegais apostas no edital de Concorrência n.º 09/2015, seja por já haver reconhecido a ilegalidade da exigência cumulada de qualificação econômico-financeira, seja por estar ciente de que a discussão desta mesma cláusula em âmbito judicial estava fadada ao insucesso - face ao resultado desfavorável das decisões judiciais proferidas em casos análogos, como registrado pelo Ministério Público na Recomendação das fls. 426-7 -, **era imperativo que o Chefe do Poder Executivo de Montenegro agisse de forma diligente e adotasse as medidas necessárias para, respectivamente, anular o Edital de Concorrência n.º 09/2015 ou revogar todo o processo licitatório.**

Veja-se, neste sentido, que a Súmula n.º 473, do Supremo Tribunal Federal⁷⁹, expressamente admite a anulação do ato administrativo ilegal, bem como a revogação do ato administrativo por conveniência.

E aqui não há dúvida de que a presença de irregularidades no edital, mormente se considerado o seu vulto e a frustração do caráter competitivo da licitação daí decorrente, torna plenamente possível sua anulação:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. **ANULAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO POR IRREGULARIDADES NO EDITAL**. POSTERIOR LANÇAMENTO DE NOVO CERTAME CORRIGIDO. PRETENSÃO DE REVERSÃO DO ATO ANULATÓRIO POR EMPRESA PARTICIPANTE DA LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ATO ADMINISTRATIVO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 49, DA LEI 8.666 /93 E

⁷⁹ Súmula n.º 473, STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.



DA SÚMULA 473 DO STF. POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE SEUS PRÓPRIOS ATOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Com a devida fundamentação, pode a administração pública revogar seus próprios atos, sendo **legal a anulação de processo licitatório quando o edital do certame está eivado de irregularidades**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Súmula 473 do STF).⁸⁰ (grifei)

Do mesmo modo, por não haver, àquela época, sido ainda homologado o processo de licitação ou adjudicado o seu objeto, era plenamente possível ao gestor levar a efeito a revogação imediata do certame, fundamentando-a na já declarada ilegalidade e na Recomendação advinda do *Parquet*, sem que daí resultasse a violação de quaisquer direitos dos interessados.

Em casos análogos ao presente, os Tribunais têm reconhecido a possibilidade de revogação de licitação:

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO REVOGAÇÃO - CONTRADITÓRIO. 1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público. 2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado. 3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido. 4. **A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.** 5. **Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.** 6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório. 7. Recurso ordinário não provido.⁸¹ (grifei)

⁸⁰ TJSC, 2ª Câmara de Direito Público, Mandado de Segurança n.º 2014.091772-2, julgado em 2 de Março de 2015, relatado por Sérgio Roberto Baasch Luz.

⁸¹ STJ, 2ª Turma, Mandado de Segurança n.º 23402 PR 2006/0271080-4, publicado no DJe 02/04/2008, julgado em 18 de Março de 2008, relatado por Ministra ELIANA CALMON.



Fica nítido, pois, que se a resposta dada pelo Sr. Prefeito à ilegalidade - por si mesmo constatada e declarada - houvesse sido pronta e adequada, toda a celeuma envolvendo a ilegalidade do Edital de Concorrência n.º 09/2015 poderia há muito ter sido encerrada, sem que daí adviesse prejuízo algum ao serviço de transporte escolar, na medida em que já em 03 de fevereiro de 2016 (fls. 537-8) foi autorizada contratação emergencial de serviço com idêntico objeto - cuja regularidade será objeto de considerações em momento oportuno.

Sua **conduta omissiva e negligente, no entanto, acabou por gerar evidentes prejuízos ao Município**, seja sob o prisma econômico - haja vista os óbvios dispêndios decorrentes da apresentação de defesa em Mandados de Segurança e atuação em sucessivos recursos -, seja sob o prisma dos recursos humanos - haja vista o tempo tomado dos profissionais que atuam junto à Procuradoria do Município, que inclusive precisa atualmente de reforços externos para supostamente poder dar cumprimento às suas atribuições - .

O prejuízo ao interesse público também fica patente a partir do momento em que a insistência do Administrador em dar sobrevida a um edital natimorto gerou a "necessidade" de se recorrer a subsequentes contratações emergenciais que, por não terem admitido efetiva concorrência, estão a alijar o Município de Montenegro de se servir de transporte escolar prestado por interessado que tenha elaborado melhor proposta e/ou ofertado menor preço

1.3.2.4 Aliás, oportunidades e argumentos para que o Prefeito Municipal anulasse o edital e/ou revogasse o processo licitatório não faltaram.

Caso tenha o administrador recalcitrado em anular/revogar os atos licitatórios atinentes à contratação de serviços de transporte escolar por entender que a existência de Recomendação do Ministério Público, a admissão de ilegalidade de cláusula editalícia e a perspectiva de derrota em ação judicial não seriam suficientes a justificar o ato, por certo, teve oportunidade de alterar seu convencimento ao tomar conhecimento do acórdão n.º 70067998468, proferido ainda no mês de fevereiro de 2016.



Nele, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou a suspensão do processo licitatório encetado pelo Edital de Concorrência n.º 09/2015, sob o argumento de que ele renderia ensejo a uma

[...] licitação que, a priori, afronta o §1º, do art. 3º da Lei 8.666/93, segundo o qual não podem ser incluídas no procedimento licitatório cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e a ampla participação no certame. (fl. 502)

Contudo, é o advento da sentença proferida nos autos da Ação n.º 018/1.16.0000088-7 que melhor evidencia a conduta omissiva do gestor e sua completa desconsideração pelo interesse público.

Primeiramente, porque nela foi declarada de forma irrefutável não só a ilegalidade da cláusula "4.1.3", itens "a" e "b", como também de tantas outras, que também compunham o texto do Edital de Concorrência n.º 09/2015, de modo que ficou clara a impossibilidade de prosseguimento do referido certame e a necessidade de imediata abertura de novo processo licitatório para o fim de contratação de transporte escolar que efetivamente fosse prestado pelo menor preço possível.

Em segundo lugar, porque em razão do que dispõe o art. 14, §3º, da Lei n.º 12.016/09⁸², **os recursos de apelação interpostos em desfavor de decisão proferida em Mandado de Segurança, como regra, não possuem efeito suspensivo**, de modo que a realização de imediato certame para regularizar a prestação de serviço de transporte escolar era medida imperativa.

1.3.2.5 Tanto assim é que, **por duas vezes, a Promotoria de Justiça Especializada desta Comarca encaminhou ofício (fls. 679 e 732) em que expressamente instou o Sr. Prefeito a dar início a novo processo licitatório, no que não foi atendida.**

⁸² Art. 4º: Da sentença, denegando ou concedendo o mandado, cabe apelação. § 3º A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.



E aqui cumpre pedir vênia para ressaltar que o fundamento utilizado pelo Município para se furtar de dar pronto cumprimento tanto à decisão judicial proferida nos autos da Ação n.º 018/1.16.0000088-7 como às recomendações do Ministério Público não se sustenta.

A alegação de que o Prefeito não poderia dar cumprimento à decisão judicial por não ter sido dela intimado pessoalmente tropeça no fato de que o Município de Montenegro foi regularmente notificado acerca da decisão do *mandamus*, havendo inclusive interposto recurso de apelação com o intuito de reverter a decisão desfavorável.

Tal comportamento **demonstra que a Municipalidade teve, sim, ciência inequívoca da anulação do Edital de Concorrência n.º 09/2015 e, por via de consequência, estava ciente de que a decisão combatida era exequível de imediato, passando a incumbir ao Prefeito a prática dos atos administrativos necessários à regularização do transporte escolar.**

Ora, não se pode admitir que a Administração Pública Municipal, de um lado, interponha recurso com a finalidade de reformar a decisão cujo teor lhe foi desfavorável e, de outro, sustente que não pode lhe dar imediato cumprimento por não ter conhecimento formal de seu conteúdo.

Admitir-se tal argumento seria negar vigência ao princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, consectário dos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, que não pode ser tolerada, ainda que no âmbito das relações de direito público. A saber:

O nemo potest venire contra factum proprium surge ao lado de outras figuras, como um modelo concreto e específico a refutar todo comportamento contrário à boa-fé, à confiança e, logicamente, à segurança das relações, valores fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tendo se mostrado como uma importante face da lealdade e da confiança, os fundamentos abalizadores do nemo potest venire contra factum proprium se revelam como verdadeiros primados, servindo não só à esfera do direito privado quanto do direito público (ainda que esta dicotomia hoje não tenha mais qualquer relevância). Não existem motivos para desconsiderar os fundamentos do instituto em estudo da esfera do chamado direito público, quanto mais pelo fato de que o mesmo se





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

mostra como um outro enfoque de institutos por demais conhecidos: a segurança jurídica e a boa-fé objetiva.⁸³
(grifei)

1.3.2.6 Dúvida não paira, pois, de que o Prefeito Municipal foi omissivo ao tomar conhecimento, em 04 (quatro) distintas oportunidades – e aqui sequer se está a contabilizar o fato de que o instrumento convocatório sob comento foi por ele autorizado –, da ilegalidade do Edital de Concorrência n.º 09/2015 e, ainda assim, não tomar qualquer providência no sentido de anulá-lo ou mesmo revogá-lo.

Ao assim se portar, não há dúvida, gerou prejuízos ao Município, não só impactando negativamente a sua renda – face ao óbvio dispêndio de recursos humanos e financeiros voltados à defesa administrativa e judicial de um processo que já havia sido declarado pelo próprio Prefeito como ilegal, em um cenário no qual a dívida da administração perfazia a casa dos R\$ 36 milhões⁸⁴ –, como também prejudicando os interesses do Município, que até a presente data não pôde lançar mão da modalidade de concorrência para contratar transporte escolar pelo quesito de menor preço.

2 DA ILICITUDE DO CONTRATO EMERGENCIAL DECORRENTE DO PROCESSO N.º 996/2016 - POSSÍVEL PRÁTICA DE CONDUTA QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO ART. 4º, INCISOS VII E VIII, DECRETO-LEI N.º 201/67

2.1 Relatório:

2.1.1 Consoante se extrai do documento da fls. 537-8, tendo em vista a proximidade do início do ano letivo de 2016 e a ausência de tempo hábil para a conclusão do processo licitatório desencadeado pelo Edital de

⁸³ SILVA, Daniela Juliano. **O venire contra factum proprium no Direito Administrativo - a repressão ao comportamento contraditório na relação Administração Pública x Administrados.** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-venire-contra-factum-proprrium-no-direito-administrativo-repress%C3%A3o-ao-comportamento-contr>>. Acesso em 28 jul. 2017.

⁸⁴ Câmara de Vereadores de Montenegro. Déficit do Município para 2017: detalhamento segunda na Câmara. Disponível em: <<http://www.montenegro.rs.leg.br/institucional/noticias/deficit-do-municipio-para-2017-detalhamento-segunda-na-camara>>. Acesso em 28 jul. 2017.

Concorrência n.º 09/2015, publicado no final do ano de 2015, o Sr. Prefeito do Município de Montenegro, no dia 03 de fevereiro de 2016, autorizou a realização de contrato emergencial de transporte escolar.

Em 04 de fevereiro do mesmo ano, o citado Administrador firmou (fl. 602) o instrumento convocatório que, por sua vez, foi publicado na imprensa local no dia 05 de fevereiro de 2016 (fl. 309).

Na data de 11 de fevereiro de 2016, foram recebidos e rubricados os envelopes dos interessados (fl. 338), sendo que em 12 de fevereiro de 2016 foi comunicado o resultado de impugnação apresentada pela empresa Auto Locadora Flores Ltda. ME e, em 15 de fevereiro de 2016, foi procedida à abertura e análise da documentação apresentada pelas empresas participantes (fls. 335-6), com vista à sua habilitação

No dia 17 de fevereiro de 2016, o Diretor de Licitações do Município, Sr. Evandro Machado da Silveira, divulgou o resultado da fase de habilitação aos interessados (fl. 334), que foi impugnado pela empresa Auto Locadora Flores Ltda. ME já na data de 19 de fevereiro de 2016 (fls. 325-33).

2.1.2 Já em 23 de fevereiro de 2016, os representantes legais das empresas Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME, Silva Helena A. de Souza ME, Auto Locadora Flores Ltda. ME e Transportes Lucheli Ltda. ME compareceram à Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro e, através do Atendimento n.º 01610.000049/2016, noticiaram a existência de irregularidades na Contratação Emergencial de Transporte Escolar originada no Processo n.º 996/2016.

Consoante se extrai do Termo de Informação das fls. 312-4, registraram que seguiu existindo ilegalidade relacionada à exigência de vida útil dos veículos no patamar de 10 (dez) anos, de capital social registrado calculado sobre o valor total do contrato - e não do montante atinente a cada uma das linhas - e à obrigatoriedade de registro da pessoa jurídica e do responsável técnico junto ao Conselho Regional de Administração.

Ato contínuo, alegaram ter havido irregularidade na fase de habilitação do processo licitatório, tendo em vista que, à exceção da Construtora JLV Ltda., todas as empresas foram inabilitadas, sob o



argumento de que não teriam atendido à exigência de apresentação de Atestado de Capacitação de Responsável Técnico, quando, em realidade, além de considerarem a exigência ilegal, tanto a empresa Auto Locadora Flores Ltda. ME quanto a empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME, teriam apresentado o documento, inclusive com a correspondente certificação do Conselho Regional de Administração.

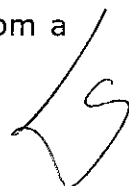
Ainda, sustentaram haver ocorrido favorecimento da empresa Construtora JLV Ltda. em dois momentos: o primeiro, quando da confecção do Comunicado de Contratação Emergencial, tendo em vista que foi omitida exigência de que o Atestado de Capacidade Técnica da Pessoa Jurídica fosse fornecido por empresa com registro no Conselho Regional de Administração; o segundo, na fase de habilitação, quando a referida empresa foi considerada habilitada mesmo sem ter apresentado Atestado de Capacidade de Responsável Técnico e ter apresentado Atestado de Capacidade Técnica de Pessoa Jurídica emitido por empresa não registrada no Conselho Regional de Administração.

2.1.3 De se registrar, por oportuno, que também o então Vereador Municipal de Montenegro, Sr. Gustavo Zanatta, apresentou em 14 abril de 2016 representação perante o Ministério Público (fls. 341-53), em que, dentre outros temas, suscitou a ocorrência de irregularidades no Comunicado de Concorrência advindo do Processo n.º 996/2016 e em sua posterior fase de habilitação, ratificando a integralidade das suspeitas já anunciadas pelas empresas interessadas na contratação.

2.2 Irregularidades constatadas: Cláusulas do instrumento Convocatório e Fase de Habilitação

Prefacialmente, há de se tecer ressalva no sentido de que, embora nos casos de dispensa de licitação seja permitido ao ente público proceder à contratação direta dos serviços considerados emergenciais, mediante prévia pesquisa de preços, este não foi o procedimento adotado pela Municipalidade.

O exame da documentação inserta nestes autos dá conta de que a Administração Pública Municipal optou por dar à contratação emergencial oriunda do Processo n.º 996/2016 contornos de processo licitatório, com a



publicação de ato convocatório, apresentação e abertura de envelopes, habilitação dos interessados, análise de proposta, homologação e adjudicação de objeto.

Por esta razão, hão de ser aplicados aos atos administrativos voltados a tal desiderato os mesmos princípios e previsões que norteiam os processos de licitação, na forma constante na Lei n.º 8.666/93.

Entendimento em sentido contrário resultaria em se admitir que o ente público crie, em seu favor, um *tertium genus* de contratação - em que possa impor aos interessados o dever de observar todas as suas exigências, mas não se veja atrelado a quaisquer das limitações impostas pela Lei e princípios norteadores da atividade administrativa -, o que representaria franca violação dos princípios da legalidade, moralidade, probidade administrativa, supremacia do interesse público e segurança jurídica.

2.2.1 Assentada esta premissa, faz-se possível passar à análise das irregularidades efetivamente constatadas no respectivo instrumento convocatório.

2.2.1.1 A cláusula inserta no item "5.1.3", letra "d" do Comunicado de Contratação Emergencial advindo do Processo n.º 996/2016 expressamente exige dos interessados em contratar com o Poder Público a:

d) Comprovação de capital social, registrado e realizado, igual ou superior a R\$ 235.000,00, admitindo-se a atualização destes para a data de apresentação da proposta, através de índices oficiais, mediante apresentação de um dos seguintes documentos: Certidão expedida pela Junta Comercial, Balanço Patrimonial, Contrato Social/Alteração Contratual registrados na Junta Comercial, Certificado de Capacidade Financeira Relativa de Licitante emitida pela Contadoria e Auditoria Geral do Estado - CAGE ou Atas de Assembleia Geral do Conselho de Administração de Diretoria, publicados.

Sua redação, portanto, reproduz essencialmente o conteúdo da cláusula "4.1.5", letra "d", do Edital de Convocação n.º 09/2015, com a particularidade de que o valor do capital social foi significativamente reduzido - o que por si só já evidencia o equívoco cometido no instrumento convocatório anterior.





Esta redução, no entanto, ainda assim não atendeu aos parâmetros expressamente estabelecidos pela Lei n.º 8.666/93.

Em que pese, de fato, o art. 31, em seu §2º e §3º permita a exigência de capital social mínimo no patamar de 10% (dez por cento) do valor do contrato, ele deve ser lido à luz do §1º, que é de clareza solar ao limitar a prova da capacidade financeira do licitante ao "compromisso que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato".

Ora, como sobejamente referido, em sendo inerente ao transporte escolar a possibilidade de fracionamento do objeto a licitar – tanto que a própria Administração Pública Municipal dividiu a possibilidade de contratação por "linhas", conforme Anexo VI (fls. 378-verso a 381) - fica evidente que o capital social exigível deve corresponder ao patamar de 10% (dez por cento) da linha com relação à qual o interessado pretende apresentar proposta e, eventualmente, operar.

Ademais, a conduta da Municipalidade de exigir dos interessados na prestação de serviço de uma ou mais linhas, que comprovem capacidade financeira relativamente a todas elas foge por completo dos princípios da razoabilidade e da moralidade.

Medidas desta natureza, à parte de sua flagrante ilegalidade, acabam pessoalizando a contratação e tratando de forma díspar os licitantes, limitando a habilitação de pessoas jurídicas de menor porte e favorecendo empresas maiores. Como consequência, prejudicam também o interesse público, na medida em que inviabilizam a competitividade do certame e impossibilitam a Administração Pública de ter acesso à proposta efetivamente mais vantajosa.

As irregularidades que envolvem a fixação do capital social mínimo são tão graves e flagrantes que a própria Administração Pública Municipal, por ato da Procuradoria – e não do Sr. Prefeito, que outrora sustentou a legalidade da exigência – acabou por admitir sua ilegalidade e reconhecer que **"deva ser observada a proporcionalidade no tocante à exigência de capital social**, porquanto está-se diante de contratação por linha, por se tratar de licitação por itens, cujo critério é de menor preço por item" (grifei, fl. 339)

A large, stylized handwritten mark or signature is located in the bottom right corner of the page.

Assim, nos mesmos moldes da fundamentação que *mutatis mutandis* foi apresentada no item "1.2.3" supra, há de se reconhecer a irregularidade da cláusula "5.1.3", letra "d", em razão da violação do art. 3º, *caput* e §1º, inciso I, bem como do art. 31, §1º, ambos da Lei n.º 8.666/93

2.2.1.2 No ensejo, há de se passar à análise da cláusula "5.1.4", que em sua letra "f", demandou dos interessados a apresentação de "declaração de que se vencer os veículos terão vida-útil de 12 (dez) anos no caso de micro-ônibus e 15 (quinze) anos caso ônibus e capacidade para no mínimo 14 passageiros".

Aqui, em que pese já houvesse sido reconhecido judicialmente a ilegalidade da exigência, a Municipalidade seguiu exigindo em seu instrumento convocatório vida útil de 10 (dez) para os veículos.

A afronta ao art. 10, do Decreto n.º 5.161/2009, que expressamente fixa a vida útil do veículo escolar em 12 anos, para micro-ônibus é inegável e não necessita ser objeto de maiores ponderações, à vista do que já foi exposto no item "1.2.1" supra, quanto à cláusula com exigência equivalente, incluída no Edital de Concorrência n.º 09/2015.

Da mesma forma, tem-se que suficientemente explanado o porquê de a inclusão de cláusula de tal natureza macular o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II⁸⁵, e art. 37, *caput*, ambos da Constituição Federal, além do *caput* do art. 3º, da Lei n.º 8.666/93⁸⁶.

⁸⁵ 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 seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁸⁶ Art. 3º: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



Apenas é dito de nota que, novamente, em razão da incontestada ilegalidade do ato administrativo praticado, a Procuradoria do Município se viu forçada a reconhecer a possibilidade de utilização de veículos fabricados há, no máximo, 12 (doze) anos (fl. 339).

2.2.1.3 Ademais, compulsando-se o Comunicado de Contratação de Transporte Escolar que consta às fls. 374-7 dos autos, verifica-se que nele foi incluída a seguinte cláusula:

5.1.6 Documentos relativos à Qualificação Técnica – “Do Licitante”

- a) **Certidão de Registro de Pessoa Jurídica e Certidão de Registro de Pessoa Física, na entidade profissional competente (RCA)**, sendo que as certidões expedidas por Conselhos de outras regiões, cuja circunscrição não seja a do Rio Grande do Sul, deverão receber visto do CRA-RS;
- b) **Atestado de capacidade financeira**, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que o responsável técnico (citado na – sic- item 27) e a empresa licitante tenham executado satisfatoriamente, contrato compatível com o objeto ora licitado, em características, quantidades e prazos. O atestado deverá estar **devidamente certificado pelo CRA-RS e acompanhado de sua respectiva RCA**.

Trata-se, a toda obviedade, de redação idêntica àquela dada à cláusula “4.1.5”, itens “a” e “b” do Edital de Concorrência n.º 09/2015.

Por esta razão, e a fim de evitar desnecessária tautologia, ratifica-se o inteiro teor da análise tecida no item “1.2.4” supra, **no sentido de ser patente a ilegalidade de exigência de comprovação de registro do interessado e de seu responsável técnico junto a órgão de classe que fiscaliza atividade de natureza absolutamente diversa do objeto da licitação.**

Por excesso de zelo – e com o intuito de ratificar a tese de ilegalidade reiteradamente sustentada neste relatório – passa-se à transcrição de trecho da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 018/1.16.0000088-7, quanto à matéria:

No que se refere à cláusula 4.1.5, alíneas “a” e “b”, que exigem documentos relativos à qualificação técnica os quais implicariam



em potencial restrição indevida à competitividade de certame cujo objeto ostenta baixa complexidade, contrariando ao disposto no art. 37, XXI, da CF e art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93, **tal deve também ser considerado ilegal, por contrariar os princípios norteadores da Administração Pública, já que não se constitui requisito para o serviço licitado o registro da firma junto ao Conselho Regional de Administração.**

A análise do supratranscrito *decisum* permite concluir com segurança que além de o instrumento convocatório violar a previsão do art. 15, da Lei n.º 4.769/65 – que não exige registro para quem não exerce atividade administrativa –, também macula o inciso XXI, do art. 37, do Texto Constitucional, que expressamente veda que o administrador exija qualificação técnica quando ela não for indispensável ao cumprimento das obrigações previstas no instrumento convocatório.

Ao se debruçar sobre o dispositivo constitucional supramencionado, a doutrina é uníssona ao ressaltar o seu importante papel limitador – e moralizador – da atividade administrativa:

Essa talvez seja, após o princípio geral da submissão dos contratos à prévia licitação, o mais importante dispositivo constitucional em matéria de licitações públicas. Seu objetivo é claro: destina-se a evitar que, seja por ocasião da redação das normas gerais pelo legislador federal, seja nas disposições específicas a serem disciplinadas por cada ente da Federação, abra-se a possibilidade de que sejam exigidos, nos editais convocatórios das licitações, requisitos de qualificação técnica ou econômica que acabem servindo não para garantir a fiel execução contratual, mas sim para limitar a amplitude da participação de diferentes empresas.⁸⁷

Ora, em se tratando de contrato de prestação de serviço de transporte escolar, não se afigura razoável demandar-se dos interessados e de seus profissionais a inscrição em Conselho Regional de Administração quando ela, a toda obviedade, em nada influenciará na sua capacidade, ou não, de executar o objeto do certame.

⁸⁷ MELO FILHO, Luis Fernando Bandeira de. **A licitação na Constituição de 1998.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/a-licitacao-na-constituicao-de-1988>>. Acesso em 01 ago. 2017.



Fica evidente, a partir daí, que o único efeito da inclusão de cláusula neste sentido em instrumento convocatório é a efetiva limitação da participação daqueles interessados de menor porte, o que, por sua vez, fere o disposto no art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 e inexoravelmente redundante no direcionamento do certame. Sua irregularidade, pois, há de ser novamente reconhecida.

2.2.1.4 Aliás, a profusão de cláusulas ilegais inseridas no instrumento convocatório, quando somada a seu conteúdo evidentemente restritivo à participação do maior número possível de interessados idôneos, torna inquestionável o propósito de direcionamento do processo licitatório e, por isso, mostra-se incompatível com o art. 3º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93.

E a maior evidência disso consta na Ata n.º 04, em que foi consignado o resultado do julgamento da habilitação dos interessados (fl. 334): à exceção da empresa Construtora JLV Ltda. todos os demais proponentes foram considerados inabilitados por não atenderem, no todo ou em parte, às cláusulas que foram objeto de análise nos itens imediatamente anteriores.

Assim, ratificando-se as considerações tecidas no item "2.1.7", é inexorável que se reconheça a ilegalidade das cláusulas "5.1.3 - item a", "5.1.4 - item f" e "5.1.6 - item b", que além de serem ilegais quando individualmente analisadas, também demonstram claro desvio de finalidade do ato administrativo quando conglobadas.

2.2.2 Ato contínuo, há de se perquirir se o processo de habilitação dos interessados na contratação encetada pelo Processo n.º 996/2016 também apresentou alguma irregularidade.

Neste particular, ainda que se entendesse serem razoáveis as exigências quanto à qualificação técnica dos licitantes que foram incluídas na cláusula "5.1.6", letra "b" - o que apenas se admite *ad argumentandum tantum* -, tem-se que não foram elas observadas pela própria Municipalidade que as instituiu.



A prova produzida nos autos dá conta de que, efetivamente, a pessoa Jurídica Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME apresentou à Diretoria de Licitações do Município de Montenegro: a) Certificado de Registro de Pessoa Jurídica junto ao Conselho Regional de Administração, válida até 31 de março de 2016 (fl. 390); b) Certidão de Registro da responsável técnica Sra. Graciela dos Santos de Souza junto ao Conselho Regional de Administração, válida até 31 de março de 2016 (fl. 392); c) Atestado de Capacidade Técnica de Pessoa Jurídica, emitido pelo Município de Montenegro e registrado junto ao Conselho Regional de Administração (fl. 391); e d) Atestado de Capacidade Técnica da Sra. Graciela dos Santos de Souza, emitido pelo Município de Montenegro e registrado junto ao Conselho Regional de Administração.

Por seu turno, a Construtora JLV Ltda. apresentou ao Município de Montenegro os seguintes documentos: a) Certificado de Registro de Pessoa Jurídica junto ao Conselho Regional de Administração, válida até 31 de março de 2016 (fl. 401); b) Certidão de Registro da responsável técnica Sra. Marcia Reneia de Oliveira Hack junto ao Conselho Regional de Administração, válida até 31 de março de 2016 (fl. 402); c) Atestado de Capacidade Técnica de Pessoa Jurídica, emitido Leandro Pinto ME (fl. 403).

2.2.2.1 Aqui, é importante frisar que, além de a Construtora JLV Ltda. **não ter apresentado atestado de Capacidade Técnica da responsável técnica**, consoante registrado no documento das fls. 335-6, situação esta que por si só inviabilizaria sua habilitação, **pecou também por não ter observado, quanto ao Atestado de Capacidade Técnica de Pessoa Jurídica, as previsões constantes no art. 3º, da Resolução Normativa n.º 304/2005⁸⁸, do Conselho Federal de Administração, e no §1º, do art. 30, da Lei n.º 8.666/93⁸⁹.**

⁸⁸ Art. 3º: Administração dos Atestados ou Declarações de Capacidade Técnica, fornecidos aos registrados nos CRAs pelos tomadores dos seus serviços (pessoas jurídicas de direito público ou privado), comprobatórios da prestação de serviços nos campos privativos do Administrador, de que trata a Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965.

⁸⁹ Art. 30, § 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:



Isso porque o respectivo documento foi emitido pela pessoa jurídica Leandro Pinto ME, que em momento algum informou já haver, em qualquer período e para qualquer fim, contratado o serviço da Construtora JLV Ltda. Tudo sem prejuízo do fato de que, em consulta realizada à lista de pessoas jurídicas registradas junto ao Conselho Regional de Administração, não foi localizado o nome da citada empresa (fl. 747).

2.2.2.2 Em sentido diametralmente oposto, a prova é segura no sentido de que a empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME comprovou de forma satisfatória sua qualificação técnica.

Não apenas porque apresentou todos os documentos exigidos neste particular, como também porque **se valeu de atestados de capacidade técnica emitidos pelo próprio Município e devidamente registrados no Conselho Regional de Administração deste Estado**, tendo cumprido integralmente a previsão da cláusula "5.1.6", letra "b".

Ora, se o próprio Município declarou que tanto a pessoa jurídica como seu responsável técnico desempenharam serviço da mesma natureza, nas mesmas condições e por extensos períodos de forma satisfatória, **não é razoável que o mesmo ente conclua que o atestado por si emitido, em realidade, "não atende" à finalidade para a qual foi concebido e confeccionado!**

Em hipóteses tais como a presente, a doutrina sustenta a inconstitucionalidade do ato administrativo que, sob o pretexto de assegurar a qualificação técnica dos interessados, acaba por direcionar a contratação. A saber:

Vale insistir acerca da **inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica.** [...] **Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima.** A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências



aptas a evidenciar a execuçãõ anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza a exigência de objeto idêntico.⁹⁰ (grifei)

Tal proceder, pois, nega vigência aos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, dada a proibição do *venire contra factum proprium*, que como extensamente visto, é plenamente aplicável ao Poder Público.

2.2.2.3 Do cotejo da prova constante nestes autos, fica nítida a ilegalidade do ato administrativo, praticado pelo Sr. Evandro Machado da Silveira, que na condição de Diretor de Licitações julgou habilitada a Construtora JLV Ltda. e inabilitada a empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME.

Em razão dos princípios da isonomia, do julgamento objetivo e, sobretudo, da vinculação ao instrumento convocatório, é absolutamente vedado à Administração Pública descumprir as normas por si mesmo instituídas e apostas no instrumento convocatório, sobretudo quando é clara a intenção de favorecer determinado interessado e, assim, corromper a impessoalidade ínsita aos atos administrativos.⁹¹ Esse, aliás, é o espírito do art. 3º, §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, assim como do seu art. 41, de acordo com o qual "Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

Outro não é o entendimento propalado pelos Tribunais pátrios, quando confrontados com situações na qual a Administração Pública permite a habilitação de interessado que apresenta apenas parte dos documentos exigidos:

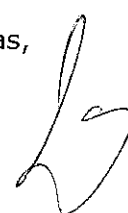
Documentação – Mandado de Segurança – **Impetração contra desclassificação em processo licitatório** – Segurança concedida – Reexame necessário – **Descumprimento pela impetrante de exigência do edital de concorrência** – **Apresentação parcial de documentos exigidos** – Afirmação de

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal *apud* TRISTÃO, Sheila Justen. **A restrição às exigências de qualificação técnica impostas pela Portaria n.º 108 do DNIT.** Disponível em:

<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=13&artigo=793&l=pt>.

Acesso em 10 ago. 2017.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 307-8.





irrelevância desse fato acolhida pela sentença – Inconsistência da justificativa – **Recurso oficial provido para denegar a segurança, revogando a liminar.**⁹² (grifei)

A atitude de permitir habilitação de empresa que sequer apresentou a integralidade da documentação exigida e de indeferir a habilitação de empresa que se encontrava com toda a documentação em conformidade com o termo de convocação, pois, é ímproba, amoral e, como adiante se verá, constitui indício de novo desvio de finalidade do ato administrativo.

Não paira dúvida, neste diapasão, que os atos praticados pela Administração Pública, de forma dolosa, criaram situação teratológica e que deixa transparecer a absoluta má-fé dos responsáveis pelo julgamento da habilitação das propostas.

2.3 3 Infrações político-administrativas:

Uma vez tendo caracterizada a existência de situações irregulares relativamente ao instrumento convocatório e à fase de habilitação do contrato emergencial advindo do Processo n.º 996/2016, cumpre determinar se alguma delas pode caracterizar infração político-administrativa passível de perda do mandato do Sr. Prefeito Luiz Américo Alves Aldana.

2.3.1 Da infração do art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67: Prática de ato contrário à Lei

Ab initio, importa registrar ser incontroverso que, na data de 04 de fevereiro de 2016, o Sr. Luiz Américo Alves Aldana, na condição de Prefeito Municipal, firmou o Comunicado de Contratação Emergencial de Transporte Escolar, atendendo a pedido do Processo n.º 996/2016.

2.3.1.1 O referido instrumento continha em seu bojo as cláusulas "5.1.3 - item d", "5.1.4 - item f" e "5.1.6 - item a", que demandavam dos interessados em contratar com a Administração Pública, capital social registrado mínimo de R\$ 235.000,00 (duzentos e trinta e cinco mil reais),

⁹² TJPR, Apelação Cível n.º 7.211, relatado por Des. Wilson Reback, publicado no DJ em 02 ago. 1991.

utilização de veículos com vida útil de 10 (dez) anos e comprovante de registro junto ao Conselho Regional de Administração.

Nos mesmos moldes do que foi exposto nos itens "1.2.1", "1.2.3" e "1.2.4" e ratificado no item "2.2.1" deste voto, cada uma dessas previsões insertas no instrumento convocatório padece de uma série de ilegalidades, tornando forçoso concluir-se que, ao firmar o instrumento convocatório e, como tal, expressar concordância com seu inteiro teor, o Sr. Luiz Américo Alves Aldana praticou ato administrativo formal, ainda que de natureza acessória, contrário à Lei, em conduta que se amolda perfeitamente à infração político administrativa tipificada no art. 4º, inciso VII, do Decreto-Lei n.º 201/67.

E mais. Seguindo a linha já exposta no item "2.1.7" supra, não se há de admitir argumento no sentido do desconhecimento da ilegalidade das cláusulas contidas no Comunicado de Contratação Emergencial, seja porque quanto à sua licitude o Sr. Prefeito já havia silenciado quando do proferimento da decisão da fl. 771, seja em razão da impossibilidade de se alegar em benefício próprio o desconhecimento da Lei, seja em razão da formação acadêmica e profissional do agente político que praticou o ato.

Tudo sem prejuízo do fato de que o Chefe do Poder Executivo local, na data em que firmou o instrumento convocatório, **já havia sido notificado pelo Ministério Público desta Comarca acerca de cláusula inserta em outros processos licitatórios que frustrava a competitividade do certame**, de modo que na condição de responsável primário pelos atos de gestão e de governo da Administração Pública local, cabia-lhe adotar comportamento diligente e fiscalizar detidamente os atos praticados por seus subordinados, a fim de evitar que isso tornasse a ocorrer.

Ainda que se considere que a Recomendação n.º 01/2016, emitida pelo *Parquet* não era suficiente para colocar o Administrador em situação de alerta – o que apenas se cogita para o fim de argumento – certamente **a prévia citação ocorrida nos autos dos Mandados de Segurança n.º 018/1.15.0004475-0, 018/1.16.0000003-8 e 018/1.16.0000088-7, cujo objeto envolvia justamente a análise de cláusulas com mesmas**



exigências, impede que se alegue eventual desconhecimento das ilegalidades contidas no instrumento.

2.3.1.2 De igual sorte, restou demonstrada, a partir da análise conjunta das cláusulas supramencionadas, a prática de ato administrativo em desvio de finalidade, com o intuito precípua de dirigir o processo licitatório à habilitação da Construtora JLV Ltda. – não por coincidência, a mesma empresa claramente beneficiada pelo Edital de Concorrência n.º 09/2015.

Os indícios objetivos desse reprovável proceder transparecem quando comparado o Comunicado de Contratação Emergencial proveniente do Processo n.º 996/2016 com o seu antecessor, oriundo do Processo n.º 5951/2015.

Basta uma análise superficial de ambos os instrumentos para que se verifique que, num passado recente, a Administração Pública Municipal não efetuou nenhuma das ilegais exigências contidas no ato convocatório sob exame, o que caracteriza, sem sombra de dúvida, a hipótese de **contradição do ato posterior relativamente ao anterior.**

Da mesma forma, é **manifesta a carência de lógica advinda do ato de o Município concluir pela inservibilidade de um documento de qualificação técnica que foi por si mesmo emitido** - e que demonstrava plena capacidade de execução do objeto da contratação -, sob a pífia justificativa de que não atenderia às exigências do edital.

Por fim, há de ser caracterizada como **manifesta a injustiça proveniente da habilitação de uma empresa que não atendeu integralmente às qualificações técnicas exigidas pelo instrumento convocatório**, em detrimento de outra, que o observou em sua integralidade, **também ficando claro o tratamento díspar destinado aos interessados.**

O somatório destes abundantes e indiscutíveis sintomas do mal passo administrativo é mais do que suficiente para a caracterização de desvio de poder que, gize-se, também é imputável ao gestor que opta por



sistematicamente ignorar as flagrantes e espúrias ilegalidades que chegaram a seu conhecimento.

Neste particular, aliás, é digna de nota a declaração, prestada pelo Promotor de Justiça Heitor Stolf, em coletiva de imprensa realizada na data de 09 de agosto de 2017, voltada à divulgação da segunda fase da Operação Ibiacá, no sentido de ser clara a prática de atos ilícitos voltados para o favorecimento da Construtora JLV Ltda., no âmbito do Processo n.º 996/2016:

A construtora dele [Sr. Valmir Silveira D'Ávila] monopoliza o mercado em relação ao serviço de varrição de ruas, de capina, lá em Montenegro. E um dos fundamentos da prisão dele é a proteção da ordem econômica, porque essa influência que ele tem sobre a administração acaba impedindo que outras empresas consigam de alguma forma concorrer em igualdade de condições. É impressionante até como essas empresas se vêm alijadas da disputa, né? **A gente tem uma licitação, numa seleção de preços do transporte escolar, em que cinco empresas simplesmente não conseguiram ofertar proposta, elas são desclassificadas. Não conseguem nem oferecer o preço delas, porque de alguma forma os procedimentos são manipulados já pra evitar de qualquer forma a concorrência.**⁹³

Por conseguinte, forçoso se faz o reconhecimento, também sob este fundamento, da prática de ato contrário à Lei, aqui representada não apenas pelo art. 5º, inciso II e pelo art. 37, inciso XXI, ambos do Texto Constitucional, bem como pelo art. 3º, *caput* e §1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93, mas também pelos princípios da moralidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

Acerca da possibilidade de configuração de desvio de finalidade do ato administrativo por afronta, também, aos princípios aplicáveis à Administração Pública, assevera a doutrina que:

⁹³ STOLF JÚNIOR, Heitor. Entrevista coletiva concedida à imprensa pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.facebook.com/mprgs/videos/1388518287863684/>>. Acesso em 10 ago. 2017.



A noção de ilegalidade do ato administrativo não fica restrita apenas à **violação frontal da lei, abrangendo também ofensa a interesses mediatos por ela visados e aos princípios da Administração Pública, explícitos ou implícitos no sistema jurídico brasileiro. A tutela do interesse público, escopo precípua das leis direcionadas à Administração Pública, deve ser objetivo basilar dos entes representativos do Estado, rechaçando-se, assim, qualquer intenção alheia àquela visada pelo legislador no momento de sua realização.** Assim sendo, embora artilosa, deve-se buscar ao máximo identificar e combater a ocorrência do instituto do desvio de finalidade uma vez que, como vício que é, o mesmo retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade e, por consequência, em xeque a própria atuação do Estado, enquanto representante dos anseios sociais respaldados pelo interesse público contido nas leis.⁹⁴ (grifei)

Também sob este prisma, pois, restou configurada a prática da infração político-administrativa tipificada no art. 4º, inciso VII, do Decreto-Lei n.º 201/67.

2.3.2 Da infração do art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67: Omissão e negligência na defesa dos interesses do Município:

Uma vez estabelecida premissa no sentido de que o ato de deferimento da habilitação da empresa Construtora JLV Ltda. e de indeferimento da habilitação da empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME revestiu-se de flagrante ilegalidade, advinda da violação dos princípios previstos no art. 3º, da Lei n.º 8.666/93, há de se determinar, em um segundo momento, se o Sr. Luiz Américo Alves Aldana pode ser responsabilizado por tal ocorrência.

Como é cediço, é do Prefeito Municipal a responsabilidade pela prática de todos os atos administrativos e de gestão inerentes ao Poder Executivo, de modo que, ao optar por delegar, no todo ou em parte, as obrigações que lhe incumbem, deve o agente político ser diligente ao eleger seu subordinado e ao fiscalizar suas atividades.

⁹⁴ SIGARINI, Danilo Cavalcante. **O desvio de poder e a Administração Pública.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6734>. Acesso em 30 jul. 2017.



Neste sentido, colaciona-se entendimento doutrinário:

[...] não obstante a necessidade de descentralizar a administração do município, para melhor atender à população e aos serviços públicos dos quais ela se utiliza, **as atividades do Executivo são de responsabilidade do Prefeito, direta ou indiretamente, seja pelo desempenho de suas funções, seja pelo dever de direção ou supervisão de sua equipe de trabalho** [...]. Claro está que o prefeito não realiza pessoalmente todas as funções do cargo, executando aquelas que lhe são privativas e indelegáveis e traspassando as demais aos seus auxiliares e técnicos da Prefeitura (secretários municipais, diretores de departamentos, chefes de serviços e outros subordinados). Mas **todas as atividades do Executivo são de sua responsabilidade direta ou indireta, quer pela sua execução pessoal, quer pela sua direção ou supervisão hierárquica.** (grifei)

À vista do exposto, há de se buscar, na prova coligida nestes autos, elementos que possam demonstrar se o Chefe do Poder Executivo local, embora não tenha praticado o ato ilegal sob exame, falhou, por dolo ou por culpa *lato sensu*, na fiscalização das atividades de seus subordinados, notadamente, do Diretor do Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Montenegro, Sr. Evandro Machado da Silveira.

2.3.3.1 Neste diapasão, a análise do contexto probatório deve preceder o momento em que o Comunicado de Contratação de Emergência foi publicado e que teve início a fase de habilitação.

2.3.3.1.1 Como já referido no item "1.3.2.2" supra, na data de 26 de janeiro de 2016, o Sr. Prefeito Municipal de Montenegro recebeu notificação do Ministério Público (fl. 428), em que foi formalmente comunicado acerca da existência de irregularidades em processos licitatórios conduzidos pelo Município e orientado a não mais exigir de forma cumulada determinadas qualificações econômico-financeiras dos interessados (fls. 426-7).

Em que pese tal documento não tenha expressamente mencionado a ocorrência de ilegalidades especificamente no que concerne à fase de habilitação dos certames realizados pela Municipalidade, não há dúvida de que se prestou a **advertir o Chefe do Poder Executivo local da necessidade de melhor fiscalizar as atividades dos servidores da respectiva pasta.**



O fato de o próprio Prefeito haver apostado observação escrita na notificação da fl. 428, no sentido de que "causa estranheza o acontecimento ilegal", **comprova de forma inequívoca que ele sabia da prática de atos contrários à Lei perpetrados pela Diretoria de Licitações e, por via de consequência, que tinha o dever não só de coibi-los, como também de se certificar que não tornariam a ocorrer.**

Contudo, não há nos autos mínimo elemento de prova que ateste que o Sr. Prefeito tenha tomado qualquer atitude voltada à fiscalização dos atos praticados pelos servidores afetos às licitações.

Muito pelo contrário. A prova analisada até o momento revela que mesmo ciente da prática de atos irregulares na Diretoria de Licitações, o Chefe do Poder Executivo local se manteve inerte, **omitindo-se, como tal, na defesa dos interesses do Município.**

2.3.3.1.2 E mais. Consoante se extrai do documento das fls. 537-8, o Processo n.º 996/2016 somente foi instaurado em razão da "falta de tempo hábil para a conclusão do processo licitatório [Edital de Convocação n.º 09/2015], tendo em vista a previsão do início do ano letivo para o dia 22 de fevereiro de 2016" (fl. 537)

A contratação de empresa para a prestação de serviço de transporte escolar, pois, foi amparada na previsão constante no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93⁹⁵, que autoriza a dispensa de licitação em casos de emergência, assim considerada a

[...] necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo desatendimento de

⁹⁵ Art. 24: É dispensável a licitação: [...] IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;



alguma demanda social ou pela solução de continuidade de atividade administrativa.⁹⁶

Ocorre, todavia, que no caso sob comento se está diante daquilo que a doutrina comumente denomina de "emergência fabricada", ou seja, daquela que não decorre da ocorrência de situações excepcionais e imprevisíveis propriamente ditas, mas da falta de planejamento administrativo.⁹⁷

É notório que **o início do ano letivo das escolas públicas é um evento que ocorre sempre na mesma época do ano**, apenas com variação de alguns dias para mais ou para menos, sendo, portanto, **plenamente possível ao administrador determinar qual a antecedência mínima necessária para o início e encerramento de processo licitatório de transporte escolar.**

Assim, o fato de haver a Administração Pública procrastinado a publicação de Edital de Concorrência voltado para a licitação do transporte escolar e, por isso, ter necessitado recorrer à contratação emergencial do respectivo serviço, revela, no mínimo, desídia de sua parte e acaba por eivar a nova contratação de intransponível irregularidade.

Neste sentido, colaciona-se trecho extraído de julgamento proferido pelo Tribunal de Contas da União:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos decorrentes de representação originária da 8ª SECEX buscando apurar os motivos que levaram a Casa da Moeda do Brasil a firmar contratos para compra de bens e prestação de serviços com dispensa e inexigibilidade de licitação, verificados a partir da publicação de diversos extratos no Diário Oficial da União, edição de 05 de abril de 1994. Considerando que as apurações levadas a efeito revelaram que a Casa da Moeda do Brasil, **em ato aprovado por seu Presidente e pela Diretoria da Empresa em 22.03.94,**

⁹⁶ BRETANO, Alexandre. **A utilização da contratação emergencial – dispensada – pela Administração Pública.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-utilizacao-da-contratacao-emergencial-dispensada-pela-administracao-publica,46028.html>>. Acesso em 30 jul. 2017.

⁹⁷ DOTTI, Marinês Restelatto. Contratação emergencial e desídia administrativa. **Revista do TCU.** Edição 108, abr./maio 2007, p. 53.





ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

homologou o ato que autorizou a adjudicação das empresas Jobe Promoções e Turismo Ltda., Intercontainers Equipamentos e Construções Ltda., Showbis Produções Musicais Ltda., SES S/A Sistemas Especiais de Saneamento e BEZAOL -Engenharia e Construção Ltda., a fim de atender à programação dos festejos relativos aos trezentos anos de sua existência, sob o amparo do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93; **Considerando que inexistiu situação de emergência ou de calamidade pública que possibilitasse a dispensa de licitação, nos termos do referido art. 24, inciso IV, daquela Lei; Considerando que o tricentenário de criação da Casa da Moeda do Brasil era um evento previsível, que possibilitava a abertura regular do processo licitatório, sem prejuízo da realização dos eventos, desde que previamente planejados; Considerando que a falta de planejamento ou o planejamento inadequado das ações a serem executadas não permite que o administrador, em etapa posterior, invoque a dispensa de licitação sob a alegação de situação de emergência; Considerando, finalmente, que o princípio da continuidade do serviço público impossibilita a aceitação de alegações que se fundamentem na interinidade ou na substituição dos Administradores da Empresa, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, [...]. (grifei, transcrição parcial)**

É de se concluir, portanto, que a Administração Pública Municipal violou o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93 ao considerar como emergencial fato absolutamente previsível e recorrente, autorizando a contratação de empresa para prestar o serviço de transporte escolar sem a necessária de prévia licitação do objeto do contrato.

E, como se extrai da Orientação Normativa nº 11/2009, da Advocacia-Geral da União, nos casos em que a contratação direta decorre de falta de planejamento, é dever do ente público responsabilizar os agentes que deram azo à situação emergencial. A saber:

A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI.

Não resta dúvida, a partir do exposto, que o Sr. Prefeito Municipal, ao tomar conhecimento da justificativa aposta no documento da fl. 537, datado de 02 de fevereiro de 2016, **deveria ter determinado a abertura de**

processo disciplinar a fim de perscrutar quem fora responsável pelo comportamento desidioso que tornou necessária a dispensa de licitação, bem como deveria ter acompanhado de perto todos os atos praticado no âmbito da contratação emergencial, a fim de se certificar que não seria ela eivada de supervenientes irregularidades, mormente se considerado o histórico desfavorável das contratações do Município até então.

Caso o houvesse obrado com a necessária diligência e acompanhado todas as fases do processo de contratação emergencial, invariavelmente teria o Sr. Prefeito constatado – e talvez até remediado de pronto – a flagrante irregularidade ocorrida na fase de habilitação, mormente se considerado que para tanto bastaria o compulsar dos documentos que constam nas fls. 390-4 e 401-4, atinentes à capacidade técnica, que são de fácil inteligência.

2.3.3.2 Não obstante, o comportamento omissivo do Sr. Prefeito não esteve adstrito aos atos administrativos formais praticados até a habilitação dos interessados, estendendo-se também a momento posterior, em que passaram eles a ser objetivamente questionados pelos interessados e pelos órgãos de fiscalização

Veja-se que na data de 19 de fevereiro de 2016 a empresa Auto Locadora Flores Ltda. ME, que também foi inabilitada pela Direção de Licitações no âmbito do Processo n.º 996/2016, apresentou impugnação na qual **expressamente denunciou a prática de fraudes na fase de licitação**. *In verbis*:

Ora, na medida em que o **atestado de comprovação de capacitação técnica da empresa apresentado pela vencedora foi FORNECIDO por pessoa jurídica de direito privado NÃO registrada na entidade profissional competente**, fica caracterizada, conforme a documentação em anexo da empresa fornecedora do atestado, e de resoluções do CRA/RS, no que diz respeito ao não registro da mesma na respectiva entidade profissional, **a ilegalidade do não atendimento da exigência contida no Edital pela empresa vencedora**, e que fica evidenciado, por desconhecimento ou omissão ou interesses escusos, a participação do Município no favorecimento da contratação ilegal da empresa ora contratada.



Somado a questão de irregularidade na aceitação do Atestado de Capacitação Técnica da empresa, **ainda corrobora o fato de que a empresa vencedora não apresentou o Atestado de Capacidade Técnica do Responsável Técnico na documentação** conforme relatado em ata, a que novamente fica caracterizado a total conivência do Município em habilitar a empresa vencedora [...]. (grifos no original, fl. 330)

Ora, em que pese tenha sido o citado documento dirigido à Procuradoria do Município, por trazer ele em seu bojo duras denúncias de fraude e direcionamento de atos administrativos, é óbvio que, por dever funcional, foi seu conteúdo levado ao conhecimento do Chefe do Poder Executivo local, então, autoridade máxima e competente para avaliar e/ou anular as condutas praticadas.

Aqui, aliás, não há saída honrosa para o comportamento desidioso do Sr. Prefeito Municipal: a) ou alega que não tomou conhecimento dos fatos e por isso se manteve inerte, hipótese na qual fica evidenciada desídia decorrente de absoluta falta de controle sobre os atos de seus servidores e completa ignorância acerca dos atos de governo e de gestão por si delegados; ou b) ou admite ter tomado conhecimento do fatos e assume que, ainda assim, por motivos escusos, optou por se manter alheio aos descabros que reiteradamente ocorriam sob seus olhos.

A despeito das considerações supra, a prova cabal de que o Sr. Prefeito tomou inequívoco conhecimento das acusações de fraude no processo de contratação emergencial de transporte escolar, particularmente com relação à fase de habilitação, é extraída da análise conjunta do Termo de Declarações das fls. 312-3 e do Ofício da fl. 340.

No primeiro documento, identificado como "AT 01610.00049/2016" as empresas julgadas inabilitadas no processo licitatório denunciaram não só as irregularidades já sumarizadas no item "2.1.2", como também expressamente referiram que "[...] no da 18/02/2016, as empresas inabilitadas solicitaram cópia da documentação das empresas participantes, o que até o presente momento, não foi atendido. **O processo está no Gabinete do Prefeito, sem andamento e sem previsão**". (grifei, fl. 313-verso)



No segundo documento, identificado como "Ofício DI 01175.00483/2013 – AT 01610.00049/2016" o Ministério Público instou o Sr. Prefeito para que "[...] se manifeste sobre as declarações prestadas no Termo de Informações em anexo".

Fica nítido, a partir do cotejo da documentação supra, **que o Prefeito Municipal não só teve acesso ao Processo n.º 996/2016 após o julgamento da habilitação dos licitantes, como também que foi comunicado pelo Ministério Público acerca das possíveis irregularidades ocorridas na fase de habilitação.**

Ainda assim, não tomou qualquer medida voltada à responsabilização dos servidores da Diretoria de Licitações – por terem praticado irregularidades na fase de habilitação que redundou em proposital favorecimento da empresa Construtora JLV Ltda. – e, quiçá, da Procuradora-Geral do Município, que mesmo tomando conhecimento da ilegalidade dos atos administrativos praticados, convalidou-os ao não acatar os argumentos contidos na impugnação que foi a si dirigida.

A inércia do gestor, a partir de tal momento, torna-se inescusável e constitui omissão dolosa que, além de se amoldar à previsão do art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei n.º 201/67, também tipifica ato de improbidade administrativa, a teor do caput dos arts. 10⁹⁸ e 11⁹⁹, da Lei n.º 8.429/92.

Neste sentido, colaciona-se entendimento doutrinário:

O agente que, desta forma, estiver consciente da prática de conduta que afronte a moralidade administrativa, não pode deixar de determinar, como manda a lei e os regulamentos próprios da função ou profissão determinam, em momento oportuno, a instauração de procedimento apuratório, nem

⁹⁸ Art. 10: Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

⁹⁹ 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:





ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

deixar de adotar as providências judiciais, regulamentares ou administrativas pertinentes, principalmente quando estão elas descritas em representação formal e instruídas com os devidos documentos de comprovação. [...] Agindo desta forma, **a conduta do agente só poder ser compreendida e interpretada como desídia propositada, com o intuito de favorecer o representado, posto que com motivação que não deveria provocar a sua inércia e omissão, as quais, evidentemente, estão a caracterizar ato de improbidade por desvio de finalidade e descumprimento dos demais preceitos esculpido no art. 37 da CF, fazendo *tabula rasa* do primado do interesse público.**¹⁰⁰ (grifei)

O resultado negativo da conduta omissa do Sr. Prefeito na defesa dos interesses e rendas do Município fica evidente quando considerada a informação trazida pelo então Vereador, Sr. Gustavo Zanatta, no sentido de que a contratação levada a efeito trouxe palpáveis prejuízos ao erário público, eis que as demais empresas que buscaram habilitação efetuaram propostas com valores significativamente menores do que os contratados. *In verbis:*

A nos aprofundarmos sobre o assunto, nos deparamos com o questionamento sobre quais razões levaram os licitantes que ingressaram com ações judiciais, solicitando a anulação do processo licitatório, à ofertarem preços bem abaixo dos ofertados pela empresa vencedora, contratação esta que atenta contra o erário público municipal, na medida em que a proposta financeira apresentada pela empresa **vencedora foi de R\$ 4,35**, por Km rodado, para **todas as 8(oito) linhas**, ao passo que, por exemplo, **para as linhas 2, 4 e 8**, a proposta financeira de um dos licitantes **foi de R\$ 2,36, R\$ 4,21 e R\$ 2,94**, por Km rodado, respectivamente, enquanto outro licitante ofertou **para as linhas 3 e 6**, proposta financeira de **R\$ 3,34 e R\$ 2,89**, por Km rodado, respectivamente, o que ratifica que a contratação de apenas uma

2.3.3.3 A fim de exaurir a análise da grave conduta praticada, há de se registrar que, não por coincidência, o servidor Evandro Machado da Silveira é um dos investigados na deflagrada "Operação Ibiacá", o que comprova a gravidade das condutas por si adotadas no exercício da função

¹⁰⁰ TEOTÔNIO, Paulo José Freire. **Da Relevância da Omissão na Infringência da Lei de Improbidade Administrativa.** Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_24051822_DA_RELEVANCIA_DA_OMISSAO_NA_INFRINGENCIA_DA_LEI_DE_IMPROBIDADE_ADMINISTRATIVA.aspx>. Acesso em 31 jul. 2017.

de Diretor de Licitação, as quais, ao que tudo indica, ao invés de receberem reprimenda, eram canceladas pela Administração Pública Municipal.

Houvesse a Municipalidade, na pessoa de seu Administrador, apurado de forma protocolar as irregularidades cometidas pela Diretoria de Licitações e buscado responsabilizar o servidor, ainda na seara administrativo-disciplinar, pelos seus recorrentes equívocos, é de se presumir que ao menos os prejuízos ao erário público que advieram de sua conduta já teriam sido recompostos. Não é o caso, contudo.

3 DO SOBREPREGO DA PLANILHA DE CÁLCULO TARIFÁRIO DO TRANSPORTE ESCOLAR ANEXADA AO EDITAL DE CONCORRÊNCIA N.º 09/2015 E PROCESSO N.º 996/2016 - POSSÍVEL PRÁTICA DE CONDUTA QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO ART. 4º, INCISOS VII E VIII, DECRETO-LEI N.º 201/67

3.1 Relatório:

Como já referido, na data de 14 de abril de 2016, foi protocolada representação junto à Promotoria de Montenegro, da lavra do Sr. Gustavo Zanatta, à época Vereador do Município de Montenegro (fls. 341-53).

3.1.1 No citado documento, dentre as diversas irregularidades por si apontadas com relação ao Edital de Concorrência n.º 09/2015 e Processo n.º 996/2016, merece destaque, no presente momento, aquela que diz respeito ao superfaturamento da tarifa do transporte escolar.

Em apertada síntese, noticiou o então edil que a empresa Procidades Consultores Associados, na data de 14 de agosto de 2015, elaborou planilha atualizada da tarifa do transporte escolar, tendo apurado custo total no montante de R\$ 3,20 (três reais e vinte centavos) por quilômetro rodado/aluno.

Referiu, todavia, que por motivo ignorado, a Prefeitura Municipal de Montenegro, ao elaborar o Edital de Concorrência n.º 09/2015 e o Processo n.º 996/2016, optou por substituir a planilha supramencionada pelos cálculos realizados pelo Engenheiro Civil. Ricardo de Albuquerque Mello, inscrito no CREA/SP sob o n.º 172.284-D, à época Assessor Especial da



Secretaria Municipal de Obras, que por sua vez indicou custo total equivalente a R\$ 4,35 (quatro reais e trinta e cinco centavos) por quilômetro rodado/aluno.

À vista do significativo reajuste do valor utilizado para balizar a contratação do transporte escolar, apresentou detalhada análise da planilha elaborada pela Administração Pública Municipal e apontou diversos erros que redundaram em injustificado sobrepreço da tarifa. *In verbis*:

Diante da elevação do km rodado, constata-se que a respectiva planilha contém **Erros Grosseiros de Cálculo** que, de tão absurdos, deixa-se à margem da pressuposição de que o processo licitatório está direcionado em favor de determinado concorrente. (No item D4 – Seguro DPVAT/Taxa DETRAN (Licenciamento), não se sabe o motivo porque a quilometragem rodada anual lançada na planilha **baixou de 91558 para 18419.9** o que implicou em um **aumento de quase 500% na despesa desse item**, por Km rodado, **passando de R\$ 0.1472 para R\$ 0,7319**). Somado aos **erros de cálculo**, tem-se a **Alteração de coeficientes** que, até então, estavam sendo considerados nos cálculos anteriores à troca da empresa provedora da respectiva apuração de custos (No item B- Óleos Lubrificantes, houve uma **supressão de 1 ou 2 zeros após a vírgula nos coeficientes** deste item, ocasionando um **aumento superior a 1000% na despesa do mesmo**, por km rodado, **passando a R\$ 0,0385 para R\$ 0,4309**) dando margem, **NO MÍNIMO, DE SUSPEITA**, participação do Município no **favorecimento da empresa ora contratada, senão, porque se omitir da correção de tais erros causando prejuízo econômico decorrente da consequente assinatura do contrato (Doc. 11)**, uma vez que não é necessário ser um matemático para verificar que o valor do km rodado teve um aumento **acime de 30% entre Ago/2015 e Nov/2015**, período este considerado muito pequeno para que justifique tal variação. (fl. 357)

3.1.2 Diante desta informação, o Ministério Público desta Comarca, através de sua Promotoria de Justiça Especializada, realizou diligências e constatou a existência da Inspeção Especial n.º 004030-0200/16-0, com trâmite junto ao Tribunal de Contas do Estado, voltada exatamente para apurar eventual ocorrência de superfaturamento na contratação de serviço de transporte escolar.

Em consulta àqueles autos, foi constatada a existência de decisão em sede cautelar, na qual foi reconhecida a ocorrência de "duas impropriedades explícitas, que oneram sobremaneira o valor final do km rodado (em R\$



0,98) [...]” e determinado que os pagamentos a serem feitos pela Prefeitura Municipal de Montenegro à Construtora JLV fossem limitados ao patamar de R\$ 3,37 (três reais e trinta e sete centavos) por quilômetro/aluno (fls. 667-8).

Importante registrar que, a despeito de pedido de reconsideração efetuado pela Construtora JLV Ltda. e de Agravo interposto pelo Município de Montenegro, a decisão cautelar foi mantida (fls. 669-70; fls. 672-3) pelo Relator, Sr. Cezar Miola.

3.2 Irregularidade constatada: Superfaturamento da planilha tarifária do transporte escolar

Como visto no item imediatamente anterior, as suspeitas de superfaturamento da tarifa do transporte escolar repousam, em síntese, em dois itens da planilha elaborada pelo Engenheiro Civil, Sr. Ricardo de Albuquerque Mello: o item “B”, referente aos coeficientes de óleos lubrificantes que precisarão ser utilizados na frota de veículos; e o item “D4”, relativo ao valor médio do custo do Seguro DPVAT de cada veículo por mês.

3.2.1 Para melhor ilustrar onde repousam as diferenças existentes entre a planilha elaborada pela Procidades Consultores Associados (fls. 460-verso a 462) e a planilha utilizada no Edital de Concorrência n.º 09/2015 e Processo n.º 996/2016 (fls. 171-2), vide tabelas abaixo:

| PLANILHA PRO-CIDADES – AGO/2015 | | | | |
|---------------------------------------|-----------------|-----------------|------------------|--------------|
| I CUSTOS VARIÁVEIS | | | | |
| B - Óleos Lubrificantes | N.º de Veículos | Preço por litro | Coef. De consumo | Custo por km |
| Óleo do motor Kombi sem ar | 31 | 43.200 | 0,000800 | 1,0714 |
| Óleo da caixa de mudança Kombi sem ar | 31 | 12.9600 | 0,000075 | 0,0301 |
| Óleo do diferencial Kombi sem ar | 31 | 12.9000 | 0,0000160 | 0,0402 |
| Óleo da direção hidráulica | 31 | 14.0400 | 0,000030 | 0,0131 |





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

| | | | | |
|-------------------------------------|-----------------------|------------------------|----------------------------|---------------------|
| Kombi sem ar | | | | |
| Óleo do freio veículo Kombi sem ar | 31 | 14.0400 | 0,000050 | 1,765 |
| Total da Frota | 31 | | | |
| Custo ponderado por km | | | | 0,0380 |
| D - Despesas Administrativas | Prêmio Veículo | Quant. Veículos | Fator de utilização | Total mensal |
| D4 Seguro DPVAT | 385,56 | 31 | 0,0833 | 11.952,3600 |
| Seguro DPVAT por veículo/ano | | | | 81.574,0 |
| Km por mês | | | | 0,1465 |
| Seguro DPVAT por km | | | | |

| PLANILHA RICARDO ALBUQUERQUE MELLO - NOV/2015 | | | | |
|---|------------------------|------------------------|----------------------------|---------------------|
| I CUSTOS VARIÁVEIS | | | | |
| B - Óleos Lubrificantes | N.º de Veículos | Preço por litro | Coef. De consumo | Custo por km |
| Óleo do motor micro sem ar | 34 | 43.200 | 0,008000 | 11,7504 |
| Óleo da caixa de mudança micro sem ar | 34 | 16.0500 | 0,000750 | 0,4093 |
| Óleo do diferencial micro sem ar | 34 | 16.0700 | 0,001000 | 0,5464 |
| Óleo da direção hidráulica micro sem ar | 34 | 17.0900 | 0,003000 | 1,7437 |
| Óleo do freio veículo micro sem ar | 34 | 11.7700 | 0,000500 | 0,2001 |
| Total da Frota | 34 | | | 14,6493 |
| Custo ponderado por km | | | | 0,4309 |
| D - Despesas Administrativas | Prêmio Veículo | Quant. Veículos | Fator de utilização | Total mensal |
| D4 Seguro DPVAT | 396,49 | 34 | 0,0833 | 13.480,6600 |
| Seguro DPVAT por veículo/ano | | | | 18.419,90 |
| Km por mês | | | | 0,7319 |
| Seguro DPVAT por km | | | | |

6

Verifica-se, a partir da comparação das planilhas, que, de fato, aquela elaborada pela Administração Pública **alterou a integralidade dos coeficientes de cálculo das despesas com óleos lubrificantes e o valor da média mensal de despesa relacionada ao seguro DPVAT, por veículo.**

3.2.2 Ora, por serem os coeficientes de cada modalidade de custo obtidos através de fórmulas pré-determinadas, deve o profissional responsável pela elaboração dos cálculos ter condições de justificar a alteração de um coeficiente mediante a apresentação dos respectivos cálculos aritméticos, de modo a que se possa determinar quais os fatores parciais que resultaram na alteração do produto.

Isso, contudo, não ocorreu no caso concreto.

Em que pese tenha sido oportunizado ao Sr. Ricardo Albuquerque Mello que apresentasse à equipe responsável pela auditoria as razões pelas quais chegou a cada um dos coeficientes que foram alterados no item relativo aos óleos lubrificantes, este se cingiu a sustentar que, em realidade, era a planilha anterior que continha erros de cálculo, não demonstrando a retidão de suas contas.

Como bem salientou o Sr. Cesar Miola, Relator da Inspeção Especial n.º 004030-0200/16-0,

Com referência ao item B, **o profissional limita-se a negar a tomada de contratações pretéritas como parâmetro, quando o simples cotejo entre as avenças dá conta do contrário, pois todos os demais itens são idênticos.** Abstraindo-se, ainda, tal questão, **o fato é que o valor dos óleos lubrificantes encontra-se muito próximo ao do combustível, com o que não se pode anuir, por inexistir argumento técnico capaz de justificar tamanha proximidade de valores.** Nesse sentido, a mera observação dos valores dos óleos lubrificantes presentes em outras contratações, como de Porto Alegre e de Estrela (R\$ 0,0262 e R\$ 0,07, respectivamente) induz ao entendimento de que se encontra indevidamente majorado o valor de R\$ 0,4309, presente no contrato ora acionado. (grifei, fls 667-verso)

Fica evidente a ocorrência de equívoco a partir do momento em que o custo dos óleos lubrificantes, além de ficar muito além dos parâmetros



utilizados por outros municípios, foi também alçado a patamar equivalente aos custos com combustíveis.

A situação se agrava ainda mais no que pertine aos cálculos referentes ao Seguro DPVAT. Isso porque, com relação a eles, **“o próprio Engenheiro reconhece o equívoco**, cingindo-se a defender que do mesmo não advém significativo impacto, com o que, igualmente, não se pode concordar, sendo visível o prejuízo ao Erário [...]” (grifei, fl. 668).

Com a devida vênia, o argumento de que erros de cálculo que implicaram em significativo aumento da média dos custos com o Seguro DPVAT não trariam “significativo impacto” aos cofres públicos, além de deveras simplória é também falaciosa!

O Serviço Regional de Auditoria de Santa Cruz, ao apontar a ocorrência de “superfaturamento no contrato, em razão de erros grosseiros contidos na planilha de cálculo tarifário” registrou que os equívocos cometidos “oneram o valor final do km rodado em R\$ 0,98, gerando um prejuízo mensal no montante de R\$ 89.726,84”.

Considerando-se que o serviço de transporte escolar entabulado por via do Processo n.º 996/2016 foi iniciado em fevereiro de 2016 (fls. 497-9) e que a decisão que determinou a regularização da tarifa do transporte escolar só foi proferida em setembro de 2016 (fl. 668-verso), tem-se que o **prejuízo aos cofres públicos no período superou o montante de R\$ 538.361,04** (quinhentos e trinta e oito mil trezentos e sessenta e um reais e quatro centavos).

Isso no mesmo período em que a Administração Pública Municipal divulgava na imprensa desequilíbrio nas contas públicas à razão de negativos R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais).

A irregularidade verificada, portanto, diversamente da roupagem que lhe tenta atribuir a Administração Pública, por meio de seus agentes, é gravíssima e macula de forma indelével **os princípios da moralidade, razoabilidade, probidade administrativa e supremacia do interesse público, além das disposições expressas do art. 3º, caput, da Lei n.º**



8.666/93, no sentido de sempre se buscar a maior vantagem possível à Administração Pública nas contratações por si encetadas.

3.3 Infrações político-administrativas:

3.3.1 Da infração do art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67: Omissão e negligência na defesa dos interesses do Município

3.3.1.1 Não paira dúvida, a partir do exame da prova coligida nestes autos, que o Sr. Prefeito do Município de Montenegro, antes mesmo de tomar conhecimento da sucessão de decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, **já estava ciente da possibilidade de haver irregularidades na elaboração da planilha de cálculos inclusa no Edital de Concorrência n.º 09/2015 e posterior Processo n.º 996/2016.**

Além de já saber que o Inquérito Civil n.º 001175.00036/2016, instaurado pela Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro em 11 de agosto de 2016, continha em seu bojo Representação (fls. 341-53) que denunciava possíveis fraudes contidas no cálculo da tarifa do transporte escolar, também concedeu entrevista ao Jornal Ibiá, na data de 02 de setembro de 2016, oportunidade em que foi objetivamente questionado acerca da existência de fraudes envolvendo as licitações do transporte escolar (fl. 727), tendo assim referido:

As pressões que sofro por causa das licitações, por exemplo, não vão mudar a minha conduta. Ninguém vai governar em nome do Prefeito. **Não adianta me pressionar,** é legal eu vou fazer. **Ah, mas fulano disse que é ilegal. Ele que vá estudar e aprenda para saber o que é ilegal ou legal.** Não irei deixar de fazer o que pra mim é legal. (grifei)

Assim, não há dúvida de que o Chefe do Poder Executivo optou por ignorar solenemente os reiterados avisos recebidos do Ministério Público, da Câmara de Vereadores e mesmo da imprensa, e defender publicamente um trabalho técnico duvidoso – para se dizer o mínimo – e que poderia gerar sérios prejuízos nas contas públicas.



Ao assim agir, não há dúvida, **foi a um só tempo omissa e negligente na defesa dos interesses do Município, em conduta que se subsume perfeitamente à norma do art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei n.º 201/67.**

A omissão, decorre do fato de que **ignorou as numerosas denúncias recebidas acerca da irregularidade do valor da tarifa do transporte público.** O ato comissivo, por culpa decorrente de negligência, caracteriza-se pelo fato de que **seguir contraprestando à Construtora JLV, no período compreendido entre o recebimento das denúncias e a confirmação da fraude, o equivalente a R\$ 0,98 (noventa e oito centavos) a mais por quilômetro rodado/aluno,** assim onerando injustificadamente os cofres públicos.

3.3.1.2 E mais. Ainda que se admita *ad argumentandum tantum* que o Chefe do Poder Executivo Municipal, ao firmar o Edital de Concorrência n.º 09/2015 e ao dar andamento ao Processo n.º 996/2016 não estivesse ciente da óbvia manipulação efetuada na planilha tarifária do transporte escolar, com vista a superfaturar o preço das contratações, não paira dúvida de que, no mês de setembro de 2016 (fl. 668-verso), em razão da decisão cautelar proferida na Inspeção Especial n.º 4030-02.00/16-0, tomou conhecimento inequívoco de tal irregularidade.

Neste sentido, inclusive, é a informação extraída do editorial "Tribunal de Contas manda Prefeitura reduzir o valor do transporte escolar, publicado em 19 de setembro de 2016, pelo Jornal Ibiá¹⁰¹: "A decisão liminar, **da qual o governo foi notificado na semana passada,** é desdobramento de uma denúncia levada ao TCE sugerindo que os valores estão superfaturados" (grifei, fl. 728).

A partir desse momento passou ele a ter duas opções: apurar as irregularidades e imediatamente fazer cessar o notório prejuízo causado ao erário público; ou ser conivente com a reprovável prática que vinha sendo adotada e buscar, a todo custo, justificar o injustificável.

¹⁰¹ REINHEIMER, Márcio. Tribunal de Contas manda Prefeitura reduzir o valor do transporte escolar. **Jornal Ibiá**, 19 set. 2016.



Lamentavelmente, adotou a segunda opção.

Senão, veja-se que ao invés de imediatamente buscar o reequilíbrio do contrato e, assim, garantir a supremacia do interesse público sobre os escusos interesses privados que levaram ao sobrepreço do serviço, **de forma estorrecedora, o Sr. Prefeito defendeu a correção da planilha elaborada por seu Assessor Especial e requereu a reconsideração da decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado.**

Seus argumentos, como sói haveria de ser, haja vista os sucessivos equívocos confessadamente cometidos pelo Engenheiro Civil responsável, foram prontamente refutados, com base nas seguintes ponderações:

O argumento inicialmente lançado, no sentido de que as planilhas de licitações anteriores, por conterem equívocos matemáticos, não poderiam subsidiar o cálculo em que se baseia a contratação atual, refoge ao cerne do apontamento, **além de não estar condizente com a prática adotada, na medida em que o simples cotejo das planilhas que instruem as contratações anteriores e a atual dá conta de que aquelas foram utilizadas como parâmetro.**

Outrossim, as demais justificativas apresentadas, no sentido de que o valor de R\$ 4,357 por km rodado estaria alinhado à realidade atual, aos preços praticados em Municípios vizinhos, e à qualidade almejada na prestação do serviço, além de também se distanciarem do ponto central do debate, **não podem servir para legitimar as irregularidades identificadas, decorrentes de erros materiais que culminaram em custo exacerbado e indevido a título de óleos lubrificantes (item B) e de seguro DPVAT (item D4).**

Em outras palavras, não se questiona a possibilidade de estar o valor atualmente praticado defasado, pelas razões suscitadas. Não se pode aceitar, contudo, que a correção dessa defasagem se dê pela forma indevida, no caso, **pela manipulação de dados da planilha, que resultam em valores não condizentes com a realidade.** Neste sentido, basta repisar que a **eliminação de casas decimais de coeficientes de consumo elevou o custo final dos óleos lubrificantes**, a ponto de este quase se equiparar ao do combustível, distanciando-se, além disso, dos valores usualmente atribuídos a esses insumos em contratações realizadas por outros Municípios. O mesmo se denota em relação ao valor mensal do seguro DPVAT, que restou majorado em virtude de **indevida desconsideração da distância estimada pela própria planilha, de 91.558Km, sendo utilizada distância de 18.419,90, de forma descontextualizada e aleatória.** Assim, diante dos elementos existentes no processo, o dano ao erário é evidente. (grifei, fl. 672-3)



Fica evidente, a partir do exame da prova documental já referida, que o Chefe do Poder Executivo local **foi extremamente negligente com a renda e interesses do Município quando expressamente defendeu e buscou, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, a continuidade do pagamento de tarifa de transporte escolar, no montante de R\$ 4.35** (quatro reais e trinta e cinco centavos) **por quilômetro rodado, mesmo sabendo que o valor era equivocado e decorrente de erros** - que foram qualificados pela própria auditoria como "grosseiros" - **confessadamente cometidos por sua assessoria.**

Não se afigura razoável que o gestor público, mesmo diante de provas cabais da existência de superfaturamento do transporte escolar, tenha buscado a reforma de decisão do órgão de fiscalização para seguir contraprestando indevidos R\$ 89.726,84 (oitenta e nove mil setecentos e vinte e seis reais e oitenta e quatro centavos) mensais à Construtora JLV Ltda..

Some-se a isso novo comportamento omissivo da Administração Pública, na pessoa do Sr. Prefeito Municipal.

Isso porque embora fossem óbvias as razões de interesse público¹⁰², justificadas pelas próprias decisões proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado, que recomendassem a anulação e/ou revogação do contrato emergencial de prestação de serviço de transporte escolar¹⁰³ - seja em razão da fraude cometida por sua assessoria especial, seja em razão da fundada suspeita de favorecimento da Construtora JLV Ltda. - não tomou qualquer providência neste sentido, **incidindo uma segunda vez na conduta omissiva de que trata o art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei n.º 201/67.**

¹⁰² Art. 78: Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

¹⁰³ Art. 79: A rescisão do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;



Acerca do dever do gestor público de, com fundamento na moralidade e probidade administrativa, rescindir contratos cuja irregularidade tenha sido reconhecida pelos órgãos de fiscalização, assim leciona Ricardo Claudino Pessanha:

Os fatos descritos e apurados em operações policiais e/ou investigações oriundas do Ministério Público envolvendo pessoas físicas ou jurídicas contratadas da Administração Pública, cujos desdobramentos na seara criminal, administrativa e cível ficarão a cargo dos órgãos competentes, **provoca severas repercussões negativas, e exorta os Entes Públicos a uma atuação preventiva e necessária, visando à satisfação e salvaguarda do interesse público e da própria Administração, bem como em respeito aos administrados.**

No tocante aos administrados, o que se pretende preservar e ratificar são dois pilares fundamentais de governança: a confiança pública na probidade do governo e a confiança pública em sua capacidade de desempenho. A confiança pública na probidade do governo, melhor representada pelo princípio da moralidade, se volta para os aspectos de boa-fé e lealdade administrativa.¹⁰⁴ (grifei)

A opção pela omissão, quando a ação se mostra urgente e atende ao interesse público, é conduta inescusável e digna de reproche, também, na seara político-administrativa.

3.3.2. Da infração do art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67: Omissão na prática de ato administrativo

Infelizmente, não são apenas essas as infrações político-administrativas cuja prática pode ser imputada ao representante do Poder Executivo Municipal.

O exame acurado desses autos revela que, embora tenha sido o Sr. Prefeito Municipal oficialmente comunicado pelo Tribunal de Contas da União, mediante notificação do inteiro teor da decisão das fls. 667-8, de que "em relação ao item D4, o próprio Engenheiro reconhece o equívoco [...]" daí tendo decorrido "visível prejuízo ao Erário [...]", **não foi tomada**

¹⁰⁴ PESSANHA, Ricardo Claudino. **Rescisão unilateral de contrato fundada em interesse público.** Disponível em: <
<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/rescis%C3%A3o-unilateral-de-contrato-fundada-no-interesse-p%C3%BAblico>>. Acesso em 29 jul. 2017.



qualquer providência no sentido de apurar a fraude e responsabilizar o envolvido pelos mais de R\$ 538.361,04 (quinhentos e trinta e oito mil trezentos e sessenta e um reais e quatro centavos) ilicitamente repassados à Construtora JLV Ltda..

Pelo contrário!

O Poder Executivo local, ao invés de admitir o erro e apurá-lo de forma protocolar, destacou tanto a Procuradora-Geral do Município, Dra. Juliana Cátia Steigleder Becker, e o então Chefe do Gabinete do Prefeito, Sr. Valter Robalo, para publicamente defenderem cálculos que sabia serem produto de fraude (fl. 728).

Esta conduta, além de ser absolutamente contrária ao princípio da moralidade e da supremacia do interesse público, violando o dever de transparência que é inerente à gestão pública – o que **caracteriza improbidade administrativa**, a teor do art. 11 *caput* e inciso I da Lei n.º 8.429/92¹⁰⁵ - lança sérias e fundadas suspeitas acerca da conivência e, quiçá, da participação do Sr. Prefeito na fraude denunciada pelos órgãos de controle externo da atividade administrativa.

Veja-se, neste diapasão, que **o tão só fato de o Engenheiro Civil ter atuado como responsável técnico da Construtora JLV Ltda. em processos licitatórios conduzidos no Município de Montenegro na gestão Paulo Azeredo/Luiz Américo Alves Aldana, põe em xeque sua imparcialidade e descortina o real motivo pelo qual foi alçado à condição de Assessor Especial, então, cargo de confiança do Prefeito Municipal, e incumbido de calcular tarifa que veio a beneficiar sua ex-empregadora.**

Também é digno de nota que **tanto o Sr. Prefeito, como o Sr. Ricardo Albuquerque Mello e o Sr. Valter Robalo, não por coincidência, figuram entre os investigados da "Operação Ibiacá",** deflagrada pelo GAECO (fls. 08-9), estando o Engenheiro Civil proibido de

¹⁰⁵Art. 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: [...] II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;





ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro



exercer a profissão junto à Prefeitura de Montenegro e o então Chefe de Gabinete afastado do cargo pelo período de 180 (cento e oitenta) dias de suas atividades (fl. 10), **o que indica que a conduta omissiva sob análise provavelmente foi de natureza dolosa.**

Aqui, há de pedir-se vênias para transcrever a lição de Adilson de Abreu Dallari, que defende que a não apuração, por parte do Chefe do Poder Executivo, de fraudes praticadas por seus subordinados, constitui omissão hábil a ensejar a prática de infração político-administrativa e, como tal, é passível de cassação do mandato. A saber:

Pouco importa a época na qual foram praticados os atos que ensejaram a responsabilização dos subordinados; o que importa é que a OMISSÃO seja atual, esteja sendo momentaneamente praticada no exercício do atual mandato do Presidente da República. **A falta de providências concretas destinadas a apurar ofensas à legislação ou danos ao erário, pode, eventualmente, ser deliberada; decorrente do propósito de acobertar comportamentos que poderiam ser politicamente danosos ao atual exercente das funções de Presidente da República. Nesse caso, de omissão deliberada, visando interesses pessoais, pode-se falar na ocorrência de dolo, mas, de qualquer maneira é inegável a existência de culpa, pois a negligência é inquestionável.** O que aqui se sustenta, reiteradamente, é que **a omissão culposa, ao violar dever de probidade na administração, enseja a abertura de processo visando a cassação do mandato do Presidente da República.**¹⁰⁶ (grifei)

Pelos motivos expostos, é de se concluir que o Prefeito Municipal de Montenegro incorreu na infração político-administrativa tipificada no art. 4º, inciso VII, do Decreto-Lei n.º 201/67, na medida em que se omitiu na prática de ato que constituía dever de ofício ao não instaurar qualquer procedimento voltado à investigação e responsabilização do Engenheiro Civil Ricardo Albuquerque Mello pela fraude em contratação direta efetuada pela Administração Pública que comprovadamente gerou ao erário público prejuízos de mais de meio milhão de reais.

¹⁰⁶ DALLARI, Adilson de Abreu. Crime de responsabilidade do Presidente da República Viabilidade Jurídica do Processo – Exercício da função por oito anos – Acusação de ação ou omissão culposa – Garantia do devido processo legal. *In: Impeachment: Instrumento da democracia*. São Paulo, Editora IASPP. 2016, p. 151-2.



ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

4 DA ILICITUDE DO CONTRATO EMERGENCIAL DECORRENTE DO PROCESSO N.º 934/2017 E DO SOBREPREGO DA CORRESPONDENTE PLANILHA DE CÁLCULO TARIFÁRIO DO TRANSPORTE ESCOLAR - POSSÍVEL PRÁTICA DE CONDUTA QUE SE AMOLDA À PREVISÃO DO ART. 4º, INCISOS VII E VIII, DECRETO-LEI N.º 201/67

4.1 Relatório:

4.1.1 Na data de 22 de março de 2017, o Sr. Altair Flores Reinaldo, na condição de representante legal da empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME, compareceu ao Ministério Público desta Comarca, oportunidade em que informou que a empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME teria sido contratada pelo Município de Montenegro, através do Processo de dispensa de licitação nº 934/2017, para prestar serviço de transporte escolar para os alunos da educação infantil e fundamental, das escolas públicas municipais e estaduais, nos limites do Município.

Aduziu, contudo, que diversamente do que ocorreu nos contratos emergenciais anteriores, com mesmo objeto, o Município de Montenegro não comunicou publicamente a intenção da futura contratação e propositadamente negou a existência de processo em aberto com tal finalidade, impedindo, assim, que outras empresas interessadas na prestação do serviço pudessem tomar parte na seleção do futuro prestador de serviço.

Como resultado, apenas a empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME teria apresentado orçamento, com valor idêntico ao previsto na nova planilha de cálculo tarifário do transporte escolar elaborada pelo Município no ano de 2017, sendo que mesmo não tendo registro junto ao Conselho Regional de Administração – como exigido nas contratações passadas – e não dispondo de veículos suficientes para atender todas as linhas, foi contratada para prestar a integralidade do serviço.

No mais, apontou suspeita de novo superfaturamento do cálculo da tarifa do transporte escolar realizado pela Prefeitura Municipal de

Montenegro, através da Assessora Especial Sra. Cíntia Martins de Oliveira, inscrita no CREA/RS sob o n.º 21567-0, referindo que foram alterados de forma equivocada e/ou injustificada diversos coeficientes, o que resultou na majoração da tarifa de R\$ 3,37 (três reais e trinta e sete centavos) para R\$ 4,19 (quatro reais e dezenove centavos), em reajuste que alcançou patamar superior a 24% (vinte e quatro por cento).

4.1.2 No mesmo dia, por meio de Termo de Declaração, o Sr. Carlos Alberto de Souza Alves, representante da empresa e Transportes Lucheli Ltda. ME, afirmou perante o *Parquet* que a pessoa jurídica Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME teria sido contratada para a prestação do serviço de transporte escolar de forma sigilosa, tendo em vista que por diversas vezes fora informado pela Prefeitura Municipal de que não havia processo destinado à contratação direta ou mesmo licitação de transporte escolar.

Também asseverou que tanto a empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME como o seu sócio-administrador, Sr. Valdoir da Silva, não teriam patrimônio suficiente para executar a prestação do serviço com veículos próprios, denunciando que provavelmente estaria operando como "laranja" das empresas Alditur Transporte e Turismo Ltda. ME, Leandro Pinto ME. e "Autolocadora Anderson". Registrou, por fim, que o proprietário da empresa Leandro Pinto ME seria parente do Sr. Valmir Oliveira, então, representante legal da Construtora JLV Ltda..

4.2 Irregularidades Constatadas: Emergência fabricada, Direcionamento da contratação e sobrepreço da planilha de cálculo tarifário do transporte escolar

4.2.1 De início, cumpre verificar se efetivamente a contratação emergencial de transporte escolar, celebrada pelo Município de Montenegro a partir do Processo n.º 934/2017, encontra-se eivada de irregularidades, quer no que diz respeito à modalidade de contratação eleita, aos atos internos praticados pela Administração, ou à legalidade/finalidade do contrato.



4.2.1.1 Para tanto, deve-se verificar se, de fato, a adoção de contratação sob a modalidade direta, com dispensa fundada na previsão do art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, era necessária.

Consabidamente, a dispensa de licitação, por representar uma exceção à regra insculpida no art. 37, inciso XXI, do Texto Constitucional, somente será admitida quando presente alguma das hipóteses previstas no art. 24, da Lei n.º 8.666/93.

Digno de registro, contudo, que a subsunção do fato à norma deve se dar tanto do ponto de vista formal, como sob o aspecto material. Vale dizer, não basta à caracterização de situação emergencial ou calamitosa que exista a urgência concreta de se preservar bens, a saúde ou mesmo a vida das pessoas, sendo também indispensável que esta situação emergencial

não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desidía administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação.¹⁰⁷

Pois bem, compulsando-se o "Aviso de Dispensa de Licitação n.º 15/2017", datado de 20 de fevereiro de 2017, verifica-se que o Município de Montenegro, através de ato praticado pelo Sr. Luiz Américo Alves Aldana, na qualidade de Prefeito Municipal, autorizou a contratação direta da pessoa jurídica Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME, sob o argumento de tratar-se de situação emergencial, novamente decorrente da proximidade do início do ano letivo de 2017 sem a conclusão de procedimento licitatório para mesmo fim.

Ocorre, todavia, que a prova dos autos dá conta de que a sentença das fls. 504-8, na qual o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Montenegro anulou todos os atos administrativos relacionados ao Edital de Concorrência n.º 09/2015, chegou a conhecimento da Administração Pública Municipal no início do mês de junho de 2016, tendo sido objeto de recurso de apelação, interposto pelo Município de Montenegro, no mês seguinte.

¹⁰⁷ TCU, Plenário, Decisão n.º 347/1994, Ministro Relator CARLOS ÁTILA ÁLVARES DA SILVA, Sessão 01/06/1994, Dou 21/06/1994.



Ora, como extensamente referido no item "1.3.2.5" deste instrumento, o fato de a Municipalidade estar ciente, já em meados de 2016, da anulação do processo licitatório do transporte escolar, quando somado à previsão do art. 14, §3º, da Lei n.º 12.016/09, que estabelece como regra a inexistência de efeito suspensivo em recurso de apelação interposto em mandado de segurança, **tornou imprescindível a adoção de medidas voltadas para o imediato início de novo processo licitatório do transporte escolar.**

Isso, contudo, não ocorreu. A prova que consta nos autos dá conta de que, embora contando com prazo de cerca de 06 (seis) meses para iniciar e concluir processo licitatório de serviço de transporte escolar, a Administração Pública Municipal somente instaurou o Processo n.º 83/2017 em janeiro de 2017 (fl. 678), o que inviabilizou a conclusão do certame antes do início do ano letivo correspondente, ocorrido em 20 de fevereiro de 2017, e tornou "necessária" a contratação direta de empresa de transporte.

Em casos análogos ao presente, em que o gestor dispunha de tempo suficiente para iniciar e finalizar procedimento licitatório e, ainda assim, não o fez, o Tribunal de Contas da União reconheceu a hipótese de emergência ficta e a consequente irregularidade de contratação direta. A saber:

Desde a assinatura dos contratos de prestação dos serviços já se sabia que, após o decurso do prazo de vigência do ajuste (12 meses, prorrogável uma vez), haveria a necessidade de realizar-se novo procedimento licitatório **Teve, por conseguinte, o gestor lapso de tempo mais do que suficiente para organizar e providenciar as medidas administrativas cabíveis de forma a evitar a situação de urgência que efetivamente ocorreu ao final da vigência dos ajustes respectivos.**¹⁰⁸ (grifei)

Assim, forçoso admitir que ao procrastinar a instauração e a tramitação do Processo n.º 83/2017 e, por isso, fabricar a situação emergencial para justificar nova contratação direta do serviço de transporte escolar, a Administração Pública Municipal não só praticou ato irregular que atentou contra o interesse público, como também violou o **art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal** e o **art. 24, inciso IV, da Lei n.º**

¹⁰⁸ TCU, 2ª Câmara, Acórdão n.º 272/2002, Processo n.º 006.932/1995-9, 2002.



8.666/93, além dos **princípios da razoabilidade, da eficiência, da legalidade e da supremacia do interesse público**, todos extraídos do ordenamento jurídico pátrio.

4.2.1.2 Não obstante, não é apenas na gênese do contrato emergencial que se verifica a existência de vícios insanáveis.

A análise detida das condutas comissivas e omissivas adotadas pela Administração Pública por ocasião dos procedimentos internos do Processo n.º 934/2017 também revela a violação de diversos dos princípios que orientam a prática dos atos administrativos como um todo e das contratações públicas em particular.

Ressalta-se de antemão que a doutrina pátria é uníssona ao sustentar que a opção pelo procedimento de dispensa de licitação não isenta o Administrador de observar estritamente os princípios aplicáveis à Administração Pública, uma vez que também nesta modalidade de contratação deve-se primar pelas condições mais favoráveis ao interesse público. *In verbis*:

[...] os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. Ausência de licitação não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação¹⁰⁹

4.2.1.2.1 Pois bem, como referido no item "2.2" supra, a análise dos instrumentos convocatórios das contratações de transporte escolar realizadas pelo Município de Montenegro nos anos de 2015 e 2016 revela que, mesmo nos casos de dispensa de licitação fundada em situação emergencial, a Municipalidade sempre adotou o proceder de emitir e publicar editais ou comunicados, nos quais delineava o objeto da

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** 7ª Ed. Pág.295, São Paulo: Dialética, 200



contratação, indicava as qualificações a serem cumpridas pelos interessados, apontava o valor máximo da tarifa, fixava data para apresentação da documentação e das propostas, dentre outros.

É o que se verifica, exemplificativamente, a partir do exame do "Comunicado de Contratação Emergencial Transporte Escolar" advindo do Processo n.º 5951/2015 (fls. 453-4), do Edital de Concorrência n.º 09/2015 (fls. 124-36) e do "Comunicado de Contratação Emergencial Transporte Escolar" originado a partir do Processo n.º 996/2016 (fls. 374-82).

Não obstante, ao optar pela contratação emergencial do serviço de transporte escolar para o ano de 2017, também sob o já rechaçado fundamento de situação emergencial, desviou-se do padrão de conduta até então adotado e, além de não emitir comunicado com o fito de informar os interessados acerca da possibilidade da contratação, ainda tomou medidas voltadas a omitir o trâmite do Processo n.º 934/2017.

A propositada **ausência de publicidade** acerca da contratação emergencial sob análise fica evidenciada, é importante registrar, não só pelos depoimentos prestados pelo Sr. Altair Flores Reinaldo (fls. 712-3) e Sr. Carlos Alberto de Souza Alves (fl. 723), como também pelo fato de que o próprio Ministério Público desta Comarca - que desde o ano de 2016 vem acompanhando e combatendo as sucessivas e ilegais contratações de transporte público efetuadas pela Prefeitura Municipal de Montenegro e que, como tal, deveria ser imediatamente comunicado acerca de toda e qualquer nova contratação com mesmo objeto - somente tomou conhecimento do Processo n.º 934/2017 e da subsequente avença firmada com a empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME após haver sucessivamente expedido ofícios recomendando o início de processo licitatório com mesma finalidade (fls. 676, 679 e 732).

4.2.1.2.2 A deliberada limitação do acesso de eventuais interessados, dos órgãos de controle da atividade administrativa e até mesmo dos contribuintes e cidadãos à sobredita contratação emergencial, além de configurar insuperável violação do princípio da publicidade, também gerou situação de manifesta injustiça e de tratamento díspar entre os prestadores de serviço de transporte da região, que em reiteradas



oportunidades buscaram contratar, pelos meios legais, com a Administração Pública Municipal.

Veja-se, neste diapasão, que enquanto a contratação emergencial operada a partir do Processo n.º 996/2016 contou com um total de 06 (seis) empresas interessadas (fl. 334), o trâmite à socapa do Processo n.º 934/2017 redundou na apresentação de orçamento por parte apenas de 01 (uma) empresa, que, curiosamente, sequer estava acompanhando as últimas contratações e jamais havia manifestado interesse em prestar serviço desta natureza ao Município de Montenegro.

O fato de esta mesma empresa, coincidentemente, ter acesso à planilha de cálculo da tarifa do transporte escolar do ano letivo de 2017 (fls. 719-21) e de ter incluído no contrato 24 (vinte e quatro) veículos – de um total de 34 (trinta e quatro) – que antes faziam parte da frota da Construtora JLV Ltda. (fls. 654-5 e fls. 700-1), lança um véu ainda maior sobre a transparência que deveria permear toda e qualquer contratação com ente público e ratifica as suspeitas de favorecimento.

De se registrar, por relevante, que a observância do **princípio da isonomia**, enquanto meio destinado a assegurar que a todos os interessados seja dispensado tratamento igual e impessoal, “aplica-se não somente a (sic) licitação, como também nos casos em que a contratação é feita de forma direta”¹¹⁰.

Em casos tais, deve ser assegurado a todos os que pretendem contratar com a Administração Pública iguais condições tanto de conhecimento e acesso ao instrumento convocatório, como de cumprimento de prazos para apresentação de documentação e dos respectivos orçamentos, situação esta que não se verificou na hipótese sob análise.

4.2.1.2.3 Tudo sem prejuízo do fato de que, contrariando a postura até então adotada e entrando em franca contradição com as decisões proferidas em procedimentos anteriores e defesas apresentadas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, deixou a Municipalidade de exigir qualquer

¹¹⁰ CASELLA, Daniel Marcelo Alves. Princípios aplicáveis à dispensa de licitação. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/principios-atinentes-a-dispensa-de-licitacao/3026>>. Acesso em 06 ago. 2017.



prova de qualificação técnica e/ou econômico-financeira do único proponente que efetivamente tomou conhecimento da contratação em tempo hábil para poder apresentar dúbio orçamento.

Ora, **não se afigura razoável** que o Município de Montenegro, que reiteradamente sustentou em âmbito judicial e extrajudicial a regularidade da exigência de registro de empresas prestadoras de serviço de transporte junto ao Conselho Regional de Administração, da apresentação de Atestado de Capacidade Técnica – que inclusive foi utilizado como subterfúgio para inabilitar empresas idôneas e favorecer a Construtora JLV Ltda. no âmbito do Processo n.º 996/2016 – de capital social mínimo registrado ou garantia da proposta, de garantia da execução, simplesmente tenha olvidado sua prévia “preocupação” com a capacidade técnica de seus contratados e admitido que empresa sem qualquer qualificação comprovada prestasse serviço de tamanha relevância e interesse público.

Veja-se, neste sentido, que o próprio Prefeito Municipal de Montenegro, na decisão da fl. 771, justificou a manutenção da ilegal exigência de comprovação de capital social mínimo registrado cumulada com garantia de proposta com o argumento de que deveria prevalecer a segurança dos estudantes transportados:

Cabível rechaçar a argumentação no que se refere ao capital social líquido mínimo, na medida em que referida concorrência envolve a contratação de mais de R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais) e tem como objeto o transporte de crianças. Então, **cabe a pergunta: será possível tolerar a contratação de empresas em más condições financeiras cujo lucro será buscado com o oferecimento de veículos precários ou sem condições financeiras de sequer buscar um financiamento bancário com a finalidade de adquirir veículos em condições de transportar as crianças, sem que estas corram riscos de morte? Ora, o Poder público não pode descuidar, muito menos contribuir para falhas.**[...] (grifei, fl. 771-verso)

De igual sorte, o então Chefe de Gabinete, Sr. Valter Robalo, em entrevista concedida ao Jornal Ibiá, sustentou a legalidade das desnecessárias exigências incluídas tanto no Edital de Concorrência n.º09/2015, como no Comunicado de Contratação Emergencial oriundo do



Processo n.º 996/2016, sob o argumento de a Administração Pública, a partir de então, passou a primar pela qualidade do serviço:

Robalo acrescenta, ainda, que a Administração estabeleceu novos parâmetros de qualidade para a prestação de serviço e ampliou as garantias a serem fornecidas pelo transportador para resguardar a Prefeitura em caso de, por exemplo, acidentes envolvendo alguma van.¹¹¹

A preocupação da Municipalidade com a idoneidade das empresas prestadoras do serviço de transporte escolar e a segurança dos estudantes, ao que se vê, foi de um extremo a outro, sem qualquer justificativa.

E como bem refere a doutrina, "se um ato for praticado sem a devida prudência e sensatez necessárias ao administrador, aquele será perfeitamente invalidável, visto ser eivado de nulidade"¹¹² decorrente da não observância do **princípio da moralidade**.

4.2.1.2.4 E mais. Ainda que a violação dos princípios da publicidade, isonomia – aqui também sob o prisma da impessoalidade –, razoabilidade e moralidade, quando considerados isoladamente, não fossem suficientes para caracterizar a irregularidade dos procedimentos internos destinados à contratação emergencial do transporte escolar, não há dúvida de que a conduta da Administração, quando analisada como um todo, revela a ocorrência de nova situação de desvio de poder, também hábil a macular de ilegalidade as condutas praticadas.

Não só porque, a teor **do art. 11, da Lei n.º 8.429/92**, são considerados ímprobos todos aqueles atos praticados pela Administração Pública que atentarem contra os princípios a ela inerentes, mas também porque, **no caso concreto, a contratação realizada pelo Município de Montenegro não atendeu à sua finalidade precípua: o interesse público.**

¹¹¹ REINHEIMER, Márcio. Tribunal de Contas manda Prefeitura reduzir o valor do transporte escolar. **Jornal Ibiá**, 19 set. 2016.

¹¹² VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. **Dispensa e inexigibilidade de licitação e a moralidade administrativa**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3604/dispensa-e-inexigibilidade-de-licitacao-e-a-moralidade-administrativa>>. Acesso em 06 ago. 2017.



Muito pelo contrário. A prova dos autos indica que a finalidade dos atos praticados pela Administração Pública Municipal estava voltada ao direcionamento da contratação e ao favorecimento, ainda que por via indireta, de empresas da iniciativa privada que hoje são investigadas criminalmente e se encontram, inclusive, proibidas de encetar novas relações contratuais com o ente público municipal.

A completa ausência de divulgação da intenção de contratar diretamente prestador de serviço de transporte escolar redundou no comparecimento de apenas um interessado que, como visto, além de não satisfazer os mínimos requisitos de qualificação exigidos nos contratos prévios, apresentou orçamento para as 08 (oito) linhas de transporte no patamar máximo admitido pela Administração, o que demonstra já ter prévia certeza de que seria selecionado.

De se registrar, por relevante, que além de o **art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei n.º 8.666/93**¹¹³ exigir como requisito essencial à dispensa de licitação a prévia existência de cotações para o fim de justificar o preço a ser contratado, também o Tribunal de Contas da União sustenta a necessidade de se efetuar pesquisa de preços e instruir o processo de dispensa com, pelo menos, 03 (três) orçamentos que espelhem os valores de mercado. Senão, veja-se:

[...] alerta à Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri no sentido de que: a) utilização do instituto da dispensa de licitação por emergencialidade somente nos casos em que se comprovar a presença dos pressupostos estabelecidos pela Lei nº 8.666/1993, no seu art. 24, inc. IV, em que não haja realmente possibilidade de se realizar um procedimento licitatório normal, ante os prejuízos que isso poderia causar; b) **instrução dos processos de dispensa por emergencialidade com a necessária e imprescindível justificativa de preços, não**

¹¹³ Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: [...] III - justificativa do preço.





sendo suficiente apenas a inserção das cotações de preços obtidas com três ou mais empresas desacompanhada de análise fundamentada dos valores apresentados e contratados;¹¹⁴ (grifei)

Este cuidado, contudo, também não foi tomado no caso concreto, a evidenciar que a garantia da contratação mais vantajosa ao ente público e a competitividade das propostas nunca foi uma real preocupação da Municipalidade.

A situação sob análise se agrava ainda mais a partir do momento em que a prova constante nestes autos (fls. 719-21) demonstra que **tanto o orçamento apresentado como os cálculos que o fundamentaram constituem uma reprodução fiel de questionável planilha elaborada pelo Município de Montenegro, por meio da Assessora Especial, Sra. Cíntia Martins de Oliveira, inscrita no CREA/RS sob o n.º 21567-0.**

Por certo, a apropriação dos cálculos elaborados pela Administração Pública, sem qualquer adaptação com relação à frota, ao número de empregados, à estrutura física e às condições financeiras do interessado não só foge às raias da lógica e do bom senso, como também denuncia que tinha completa certeza de que seria contratado, tanto que mantido o teto máximo da tarifa com relação a todas as linhas de transporte, desconsiderando-se completamente os perímetros, distâncias e número de veículos a serem empregados em cada uma.

Soma-se a isso a presença dos já extensamente referidos indícios de desvio de poder: contradição do ato com as medidas anteriores – haja vista a não publicação de comunicado de contratação emergencial e o completo desaparecimento das exigências quanto à qualificação técnica e econômico-financeira dos interessados; injustiça manifesta – decorrente da ocultação do Processo n.º 934/2017 tanto dos demais interessados, como dos órgãos de fiscalização e dos contribuintes em geral; e disparidade de tratamento – advinda do incontestável favorecimento a empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME, que inexplicavelmente foi a única a tomar conhecimento da contratação emergencial advinda do Processo n.º 934/2017.

¹¹⁴ TCU, 1ª Câmara, TC-015.455/2009-0, Acórdão nº 4.442/2010.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'B' with a loop at the top and a tail at the bottom.

Não paira dúvida, frente aos fatos narrados, que a contratação emergencial levada a efeito pelo Município de Montenegro teve sua finalidade desviada, tendo sido conduzida de forma tal pelo gestor que redundou não só em seu direcionamento à empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME, como também em prejuízo ao erário e interesses do Município, que não pôde efetivamente contratar com a proposta mais vantajosa ou mesmo com a empresa de maior higidez técnica/econômico-financeira.

4.2.2 Por fim, há de se passar à análise da planilha das fls. 685-7, na qual foram supostamente atualizados os custos que compõem a base de cálculo da tarifa do transporte escolar do ano letivo de 2017.

Como bem sumarizado pelo Sr. Altair Flores Reinaldo, representante legal da empresa Mix Service Comércio e Serviços Ltda. ME, a comparação da planilha sob comento com aquela elaborada pelo Sr. Ricardo Albuquerque Mello (fl. 171-3), permite observar as seguintes alterações:

O Tribunal de Contas tinha fixado o valor de R\$ 3,37/Km, não obstante o valor contratado atualmente foi de R\$ 4,19/Km para todas as oito linhas. Para chegar a esse valor, o Município elevou alguns itens da planilha, por exemplo, **no item D3 referente a seguros (RC)/Taxas de Passageiros, aplicou-se o valor de R\$ 862,77, quando, no ano passado, o valor era R\$ 143,64.** Segundo uma cotação que o declarante fez com a empresa JMALUCELI, seguradora situada neste Município, o valor do seguro seria R\$800,00, só que anual, enquanto que a planilha o considerou mensal. **Também cita que, no item A1, referente à depreciação da frota, houve um aumento do coeficiente de 20 pra 25%,** quando sempre foi aplicado o percentual de 20. **No item C2, referente a despesa com pessoal de manutenção, o coeficiente foi de 12% para 13,5%. No item D1, referente a outras despesas, o coeficiente foi de 8% para 10,50%. No item D2, passou de 2 para 3%.** Nestes três últimos itens, observou-se uma elevação de 2016/2017. (grifei, fl. 712-verso)

4.2.2.1 Neste particular, cumpre registrar que, de fato, ao informar as alterações realizadas na planilha de cálculo, a Engenheira Civil, Sra. Cíntia Martins de Oliveira, não indicou qual foi o manual, estudo ou precedente por si utilizado como balizador para autorizar especificamente a elevação do item "A1", referente ao índice de depreciação dos veículos, do



patamar de 20% (vinte por cento) para o de 25% (vinte e cinco por cento) ao ano.

Por certo, tendo ela tomado por base planilha já escrutinizada pelo Tribunal de Contas do Estado e que, no particular, considerou regular o índice de depreciação da frota fixado em 20% (vinte por cento), precisaria justificar quais os critérios técnicos que foram levados em consideração para permitir a alteração para maior do coeficiente, preferencialmente indicando a metodologia empregada no respectivo cálculo.

Ademais, considerando-se que o Sr. Valter Robalo, em entrevista concedida a periódico local na data de 19 de setembro de 2016, informou que a Administração Pública adota como parâmetro para seus cálculos o Manual da Agência Nacional de Transportes Terrestres, **causa espécie que um mesmo instrumento, no qual a indicação de coeficientes é resultado da aplicação de sucessivas fórmulas objetivas e pré-determinadas, possa ter dado azo a pontos percentuais de desvalorização da frota tão diferentes entre si.**

E mais. A planilha elaborada pelo Sr. Ricardo Albuquerque Mello tomou como base para estimar o valor da frota um total de 34 (trinta e quatro) veículos com vida útil aproximada de 01 (um) ano – trata-se de planilha datada de novembro de 2015, com especificação de frota fabricada em 2014, conforme item “II – Custos Fixos” -, ao passo que a **Sra. Cíntia Martins de Oliveira, embora tenha mantido os mesmos 34 (trinta e quatro) veículos para cálculo do valor da frota, conferiu-lhes vida útil aproximada de 03 (três anos) - planilha datada de fevereiro de 2017, com especificação de frota fabricada em 2014, conforme item “II – Custos Fixos” -, de sorte que, por uma questão de lógica, a taxa de depreciação deveria variar para menor – e não para maior.**

Neste sentido, aliás, é a recomendação do próprio Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes - GEIPOT, que foi utilizado pela responsável técnica para balizar as demais alterações efetuadas na planilha, mas aparentemente foi ignorado neste particular. A saber:

Recomenda-se o uso do Método de Cole, (ou Método da Soma dos Dígitos Decrescentes), por representar mais fielmente a



desvalorização do veículo rodoviário, **caracterizada por uma perda acentuada de valor no início de sua utilização e que se atenua com o passar dos anos**. Por esse método, o fator de depreciação anual é obtido aplicando-se a seguinte fórmula:
¹¹⁵(grifei)

Tudo sem prejuízo do fato de que **não é razoável que a mesma frota composta por 34 (trinta e quatro) veículos, todos com data de fabricação remontando ao ano de 2014, tenha sofrido valorização – e não depreciação – de seu valor total estimado.**

Senão, veja-se que em estimativa efetuada pelo Sr. Ricardo Albuquerque Mello, no item "A1" foi atribuído à frota valor médio de R\$ 1.458.260,00 (um milhão quatrocentos e cinquenta e oito mil duzentos e sessenta reais), enquanto a mesma frota, com o triplo de tempo de uso, foi avaliada pela Sr. Cíntia Martins de Oliveira no montante de R\$ 1.549.652,00 (um milhão quinhentos e quarenta e nove mil seiscentos e cinquenta e dois reais), o que representa uma **valorização de mais de 6% (seis por cento), quando o próprio Município considera como parâmetro uma desvalorização de, no mínimo, 20% (vinte por cento) ao ano.**

Forçoso concluir, com base nos apontamentos supra expostos, que a planilha elaborada pela Administração Pública contém equívoco no que pertine ao item "A1", seja porque não há justificativa técnica para o aumento em 5% (cinco por cento) do índice de depreciação da frota, seja porque, a despeito do aumento da idade dos veículos que compõem a frota, foi o seu "preço total" aumentado em mais de 6% (seis por cento), quando deveria ter sido reduzido proporcionalmente ao período de uso/ano.

4.2.2.2 No que tange à elevação do coeficiente "C1", relativo às despesas com pessoal de manutenção, coeficiente "D1", referente a custos com pessoal administrativo, e coeficiente "D2", atinente a "outras despesas", a Engenheira Civil responsável pela elaboração da planilha informou que o aumento dos percentuais decorreu da adoção, como coeficiente, da média aritmética dos menores e maiores índices empregados

¹¹⁵ GEIPOT, Anexos I, II e III: Notas explicativas. Disponível em: < www.geipot.gov.br/estudos_realizados/cartilha01/ANEXOII_III.d >. Acesso em 06 ago. 2017, p. 40.



pelo Grupo Executivo de Integração da Política de Transportes - GEIPOT, no ano de 1982 (fl. 683).

Na mesma linha do argumento expendido no item imediatamente anterior, causa estranheza o fato de a Municipalidade ter optado por **alterar os seus cálculos e adotar coeficientes diversos daqueles que já haviam sido considerado corretos pelo Tribunal de Contas do Estado**, por ocasião da auditoria realizada na planilha das fls. 171-2.

Ademais, o uso da média aritmética dos índices mínimos e máximos do GEIPOT parece medida demasiado simplória e que, como tal, não permite que o cálculo espelhe de forma fidedigna os efetivos gastos dos interessados com recursos humanos e materiais de consumo empregados na prestação do serviço.

Apenas para que se tenha uma melhor noção do desvio que o uso de médias aritméticas pode gerar no subtotal dos custos calculados, cumpre referir que a Prefeitura Municipal de Porto Alegre sugere que as despesas com pessoal de manutenção sejam calculadas a partir da multiplicação das despesas operacionais pelo coeficiente "0,1074"¹¹⁶, enquanto o Município de Montenegro, a partir da adoção da média aritmética dos índices do GEIPOT, adotou coeficiente de "0,1350", **o que representa um aumento de 12,5% (doze e meio por cento) no custo do item.**

Da mesma forma, o Manual de Cálculo Tarifário desenvolvido pelo Município de Porto Alegre sugere que o cálculo de despesas com pessoal administrativo parta da multiplicação das despesas operacionais pelo coeficiente "0,0697"¹¹⁷, que é cerca de **15% (quinze por cento) inferior ao coeficiente de "0,1050" empregado pelo Município de Montenegro**, também extraído da média dos índices indicados pelo GEIPOT.

¹¹⁶ Município de Porto Alegre. Manual de Cálculo Tarifário **Ônibus**. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/eptc/usu_doc/manual_calculo_tarifario_internet_versao_final_2014.pdf>. Acesso em 06 ago. 2017, p.21-2.

¹¹⁷ Município de Porto Alegre. Manual de Cálculo Tarifário **Ônibus**. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/eptc/usu_doc/manual_calculo_tarifario_internet_versao_final_2014.pdf>. Acesso em 06 ago. 2017, p.21-2.



No que diz respeito especificamente ao item "D2", relativo a outras despesas de natureza administrativa, tem-se que além de ter sido adotado coeficiente obtido por meio de média aritmética - o que já se demonstrou produzir o aumento injustificado dos custos -, também é possível notar que o fator de "0,0300" adotado pela Municipalidade é **mais do que 90% (noventa por cento) superior àquele indicado pelo próprio GEIPOT**. A saber:

São considerados neste item diversos custos necessários à execução dos serviços, tais como: material de expediente, energia elétrica, água, comunicações e outras despesas não diretamente ligadas à operação. **Admite-se que o valor anual das despesas gerais varia entre 2% e 4% do preço de um veículo leve novo completo**, para cada veículo da frota, resultando em um **coeficiente mensal entre 0,0017 e 0,0033**, por veículo, conforme quadro a seguir:¹¹⁸ (grifei)

Verifica-se que, neste particular, o cálculo realizado pela responsável técnica do Município de Montenegro utilizou um coeficiente obtido a partir do "valor anual das despesas gerais" e o multiplicou pelas "despesas mensais" ligadas à atividade desenvolvida. **Em outras palavras, um índice anual foi aplicado a uma despesa mensal, o que gerou notável sobrepreço no serviço e óbvio prejuízo ao erário.**

4.2.2.3 Por seu turno, o item "D3", relativo aos valores despendidos com seguro e taxas dos veículos, parece ter sofrido superfaturamento decorrente da adoção, como base de cálculo das despesas com "prêmio mensal", do valor anual do seguro.

Uma comparação do valor do prêmio mensal informado na planilha das fls. 171-2 e daquele indicado na planilha das fls. 686-7, permite notar que, em novembro de 2015, o seguro importava em custo de R\$ 143,64 (cento e quarenta e três reais e sessenta e quatro centavos) mensais, ao passo que em fevereiro de 2017 o valor foi alçado ao patamar de R\$ 862,77 (oitocentos e sessenta e dois reais e setenta e sete centavos) mensais, o

¹¹⁸ GEIPOT, Anexos I, II e III: Notas explicativas. Disponível em: < www.geipot.gov.br/estudos_realizados/cartilha01/ANEXO_I_II_III.d>. Acesso em 06 ago. 2017, p. 45.



que representa um **aumento injustificado no importe de absurdos 600% (seiscentos por cento)**.

Também aqui é digno de nota que a quilometragem percorrida ao mês, utilizada como fator de apuração do valor do seguro por passageiro, sofreu injustificada redução de 91.558 Km (noventa e um mil quinhentos e cinquenta e oito quilômetros) para 81.044 Km (oitenta e um mil e quarenta e quatro quilômetros), sendo que não há notícias nos autos de que as linhas e/ou percursos tenham sofrido qualquer alteração que pudesse redundar na redução da distância percorrida.

O aumento indevido do coeficiente, portanto, **é flagrante, seja porque houve erro na indicação do prêmio mensal a ser pago, seja porque houve injustificada redução do percurso a ser percorrido.**

À vista do exposto, não paira dúvida de que, ao proceder à contratação de serviço emergencial com base em planilha de custos que, novamente, sofreu superfaturamento, a Administração Pública Municipal violou **os princípios da moralidade, probidade administrativa e supremacia do interesse público, além das disposições expressas do art. 3º, caput, da Lei n.º 8.666/93**, já que não observou o critério de contratação mais vantajosa ao ente público.

4.3 Infrações político- administrativas:

4.3.1 Da infração do art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67: Negligência na defesa dos interesses do Município:

Consoante se verifica a partir da análise do Contrato Emergencial de Prestação de Serviços n.º 016032017, que consta às fls.700-4 destes autos, na data de 06 de março de 2017, o Município de Montenegro, representado pelo Prefeito Municipal, Sr. Luiz Américo Alves Aldana, contratou a empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME para prestar serviço de transporte escolar para alunos da das redes estadual e municipal de ensino, no ano letivo de 2017.



Referido ato foi ratificado através da publicação do Aviso de Dispensa de Licitação n.º 15/2017, que por sua vez encontra-se à fl. 707-verso deste feito.

Pois bem, em que pese os atos administrativos que renderam ensejo à supracitada contratação emergencial, quando analisados de forma isolada, não pareçam padecer de qualquer vício, como sobejamente referido no item "4.2.1.1" deste relatório, um exame acurado das razões que tornaram necessária a contratação do serviço de transporte escolar por via direta, revelam a ocorrência de "emergência fabricada", advinda de falta de planejamento e do comportamento desidioso do gestor público.

A uma, porque a prova dos autos dá conta de que o Município de Montenegro foi intimado da decisão proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 018/1.1.6.0000088-7, dela inclusive interpondo recurso de apelação, sem efeito suspensivo, ainda em meados do ano de 2016, o que permite concluir com segurança que seu representante legal estava ciente da **necessidade de que um novo procedimento licitatório fosse iniciado e concluído em tempo hábil para permitir, já para o ano letivo de 2017, que o serviço de transporte escolar fosse prestado após a necessária concorrência dos interessados, mediante observância do critério de menor preço.**

A duas, porque ainda que se admitisse que os servidores responsáveis não tenham comunicado o Sr. Prefeito acerca da sentença das fls. 504-8 e tenham interposto recurso de apelação sem seu prévio conhecimento e autorização - o que apenas se cogita para o fim de esgotamento da análise da prova coligida nestes autos - foi ele reiteradamente informado pelo Ministério Público desta Comarca, no âmbito do Inquérito Civil n.º 01175.0036/2016, acerca da necessidade de regularização do serviço de transporte escolar no ano de 2017.

A três, porque diante do histórico das irregularidades apontadas e constatadas pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul relativamente ao Edital de Concorrência n.º 09/2015 e Contratação Emergencial advinda do Processo n.º 996/2016, **a fiscalização direta dos atos praticados pelos servidores responsáveis pela contratação de serviço de transporte escolar,**





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

qualquer que seja sua modalidade, passou a ser medida indispensável à garantia da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa.

Ora, a partir do momento em que o administrador dispunha de cerca de 06 (seis) meses para contratar transporte escolar, por via de licitação e sob a forma de concorrência, e que sabia que o procedimento licitatório demora estimados 77 (setenta e sete dias), o fato de ter, por si ou por seus subordinados, **aguardado até o mês de janeiro de 2017 para iniciar a tramitação de um processo que precisaria ser concluído até 20 de fevereiro de 2017, demonstra seu comportamento desidioso e descomprometido com o interesse público.**

Veja-se, neste sentido, que o documento da fl. 678 destes autos comprova que o Processo n.º 83/2017, destinado à licitação do serviço de transporte escolar, teve seu primeiro encaminhamento apenas no dia 04 de janeiro de 2017, tendo estranhamente permanecido por mais de 01 (um) mês junto à Procuradoria Geral do Município sem receber qualquer andamento.

Em casos tais como o presente, em que o Prefeito Municipal obra de forma desidiosa e acaba por contratar por via direta um serviço absolutamente previsível, a jurisprudência pátria tem reconhecido a ocorrência, inclusive, de improbidade administrativa:

APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Agravo retido conhecido, mas rejeitado. Aplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos atos cometidos por agente político local (Prefeito). Jurisprudência pacificada. Dispensa indevida de licitação. Ocorrência. Aquisição de combustíveis e lubrificantes. Hipótese de "emergência fabricada". Previsibilidade da compra. Desídia do recorrente em deflagrar o procedimento licitatório. Dano ao erário. Condenação à devolução dos valores gastos com abastecimento de veículo à disposição do Gabinete, nos anos 2009 e 2010. Manutenção. Irrazoável e injustificado dispêndio. Ademais, ausência de impugnação

específica. Sentença de parcial procedência mantida. Recurso desprovido.¹¹⁹

E mais. Tais comportamentos, quando somados aos últimos desdobramentos da Operação Ibiacá, **geram fundadas suspeitas de que, em realidade, a mora no início, trâmite e conclusão de procedimento licitatório para contratação de transporte escolar foi proposital e tinha como principal objetivo dar sobrevida às irregulares e direcionadas contratações emergenciais celebradas pelo Município de Montenegro**, que se pautam em valores superfaturados, revertidos em benefício da organização criminosa da qual Sr. Prefeito Municipal faz parte, segundo informações publicamente divulgadas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

O afastamento preventivo do Sr. Luiz Américo Alves Aldana do cargo de Prefeito Municipal ratifica a linha de pensamento supra exposta, na medida em que evidencia ter sido essa a única medida capaz de efetivamente fazer cessar os continuados atos ilícitos e ímprobos que vêm sendo praticados nas contratações em que o Município de Montenegro toma parte.

Assim, forçoso concluir que ao **retardar, por culpa em sentido amplo - ou mesmo por dolo - a conclusão de procedimento licitatório para contratação, por meio de concorrência e segundo critério de menor preço, de transporte escolar para o ano letivo de 2017, e assim gerar situação de "emergência fabricada" com a finalidade de dar ares de licitude à contratação direta da empresa Tio Negão Tur Transportes e Turismo Ltda. ME**, o Sr. Prefeito Municipal foi negligente na defesa dos interesses do Município de Montenegro, em conduta que se amolda perfeitamente à previsão do art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei n.º 201/67. Tudo sem prejuízo de haver, em tese, praticado ato de improbidade administrativa, na forma capitulada no art. 10, da Lei n.º 8.429/92.

¹¹⁹ TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível n.º 0001400-70.2014.8.26.0483, publicado em 01/03/2016, julgado em 29 de Fevereiro de 2016, relatado por Marcelo Semer.



4.3.2 Da infração do art. 4º, incisos VII e VIII, Decreto-Lei n.º 201/67: Prática de ato contrário à Lei e Omissão na defesa dos interesses do Município

4.3.2.1 Não obstante tenham sido verificadas irregularidades relativas à mora no início e conclusão do Processo n.º 83/2017, que levaram à situação de “emergência fabricada”, também na fase interna da contratação emergencial é possível se concluir pela existência de ilegalidades.

A partir do momento em que o ente público municipal, alterando o padrão de comportamento adotado até então, deixou de veicular instrumento convocatório para o fim de contratação emergencial e, inclusive, impediu o acesso dos interessados às mínimas informações necessárias para que pudessem apresentar orçamento, violou o princípio da publicidade.

Da mesma forma, o fato de haver conferido tratamento diferenciado e privilegiado à empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME, seja por lhe proporcionar acesso ao processo de dispensa de licitação cuja existência foi omitida dos demais interessados, seja por deixar de lhe exigir comprovantes de qualificação técnica e financeira que, até então, eram considerados indispensáveis à qualidade do serviço de transporte escolar, implicou em mácula ao princípio da isonomia, aqui sob a ótica da impessoalidade do ato administrativo, bem como ao princípio da razoabilidade.

Tudo sem prejuízo do fato de que a Municipalidade, ao não efetuar pesquisa de preços no mercado e optar por contratar pessoa jurídica que, além de não haver demonstrado sua higidez, apresentou orçamento em valor equivalente ao teto da tarifa de transporte para todas as linhas disponíveis, baseando seu preço em planilha comprovadamente superfaturada e que não estava adequada à sua realidade econômico-financeira, agiu de forma contrária aos princípios da moralidade e da supremacia do interesse público.



4.3.2.2 Essas condutas, dotadas de flagrante ilicitude, embora não tenham sido praticadas diretamente pela pessoa do Sr. Prefeito, eram – ou pelo menos deveriam ser – de seu conhecimento.

Isso porque, o fato de o Chefe do Poder Executivo não poder realizar pessoalmente todos os atos de administração necessários para a condução dos interesses da Municipalidade, não lhe exime da responsabilidade de supervisionar o desempenho daqueles subordinados a quem delegou parcela de suas atribuições, mormente se considerado o histórico de irregularidades reiteradamente apontadas pelos órgãos de controle externo da atividade administrativa.

Não obstante, a prova produzida nestes autos indica que o Sr. Prefeito não só tomou conhecimento inequívoco das irregularidades praticadas pelos profissionais que destacou para atuarem no Processo n.º 934/2017, como também que propositadamente se omitiu no dever de remediá-las e comunicá-las ao Ministério Público Estadual.

Senão, veja-se que na data de 27 de janeiro de 2017 o Sr. Luiz Américo Alves Aldana foi oficiado pela Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro, a fim de que informasse sobre o andamento de licitação do transporte escolar (fl. 676).

Diante da ausência de resposta ao ofício expedido, o *Parquet* reiterou seu inteiro teor, desta feita lhe atribuindo caráter de urgência e especificando necessidade de entrega em mãos, o que efetivamente ocorreu em 16 de fevereiro de 2017 (fl. 679).

Na data de 20 de fevereiro de 2016, em resposta aos ofícios recebidos, o Sr. Luiz Américo Alves Aldana, em petição direcionada ao Ministério Público, informou-lhe que além de não haver concluído procedimento licitatório para contratação de transporte escolar para o ano letivo de 2017, também foi “necessária” a contratação emergencial do serviço (fl. 680).

Ora, é incontestável que para poder elaborar a sobredita resposta (fl. 680-2), o Sr. Prefeito Municipal precisou ter acesso aos autos do Processo n.º 934/2017, oportunidade em que, por certo, constatou a ausência de



instrumento convocatório, a existência apenas de um orçamento e a utilização indevida da planilha de cálculo tarifário do transporte escolar pela empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME. – que, como extensamente exposto no item “4.2.1.2” supra, são atos ilegais.

As nada sutis ilegalidades praticadas por seus subordinados, portanto, chegaram a seu conhecimento e **o agente político não só optou por ignorar a sua existência, como também omitiu os desvios constatados do órgão de fiscalização**

Tudo sem prejuízo de haver praticado ato administrativo formal, de natureza acessória, consistente em firmar o Contrato Emergencial de transporte escolar oriundo do Processo n.º 934/2017, na data de 06 de março de 2017, oportunidade em que **manifestou sua concordância com o inteiro teor das cláusulas ali insertas e convalidou todos os ilegais procedimentos internos até então praticados pelos servidores por si designados.**

Ao assim proceder, a um só tempo, praticou ato contrário aos arts. 10 e 11, da Lei n.º 8.429/92 e se omitiu na defesa dos interesses do Município de Montenegro, que certamente repousavam na realização de uma contratação emergencial idônea, pautada na publicidade de seus atos, na igualdade de tratamento dos interessados e no pagamento de valores condizentes com a realidade do mercado.

À vista do exposto, inexorável concluir pela prática das infrações político-administrativas previstas no art. 4º, incisos VII e VIII, do Decreto-Lei n.º 201/67.

4.3.3 Da infração do art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67: Prática de ato contrário à Lei

4.3.3.1 A partir das considerações tecidas no item “4.2.2” deste relatório, não há dúvida de que, novamente, o Município de Montenegro se valeu de planilha superfaturada para balizar a contratação do transporte escolar.



A alteração de índices sem justificativa técnica e opção por reajustar, para mais, itens da planilha de cálculo tarifário de transporte que haviam sido considerados corretos pelo próprio Tribunal de Contas do Estado, por si só já são atitudes que violam os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público.

Quando tais vícios são somados à manipulação do valor estimado da frota de veículos, à redução da média das distâncias percorridas, à inclusão dos valores anuais despendidos com seguro e com material administrativo como se representassem custos mensais, fica ainda mais nítida a falta de probidade dos atos praticados pela Administração Pública.

Em que pese não seja possível, dados os limites objetivos e técnicos deste relatório, indicar-se qual o exato montante, em moeda corrente nacional, do sobrepreço dado à tarifa de transporte escolar por quilômetro/aluno na contratação do ano letivo de 2017, os elementos de prova contidos nos autos permitem a apresentação de uma estimativa, apenas para fins exemplificativos.

Assim, apenas se fossem mantidos os valores dos itens "A1", "C2", "D1", "D2" e "D3" apontados na planilha de cálculos das fls 171-3 e aplicadas as demais atualizações promovidas pela planilha das fls. 685-6, **o custo total por quilômetro seria de cerca de R\$ 3,94 (três reais e noventa e quatro centavos)** – o que importaria em uma economia de R\$0,25 (vinte e cinco centavos) por quilômetro.

Quando tomada esta diferença de R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos) e multiplicada pela distância de 81.044 Km (oitenta e um mil e quarenta e quatro quilômetros) percorridos ao mês e pelos 07 (sete) meses em que já foi prestado o serviço, tem-se um superfaturamento de cerca de R\$. 141.827,00 (cento e quarenta e um mil oitocentos e vinte e sete reais). E esses valores sequer tomam por base outros erros constantes na planilha do Processo n.º 937/2017, como a ausência de desvalorização da frota e diminuição do percurso, de modo que por certo a cifra é muito superior ao aqui apontado.

É evidente, portanto, a lesão sofrida pelo erário público e o correspondente enriquecimento sem causa do prestador de serviço.



E aqui há de ser rechaçado qualquer argumento no sentido de que não haveria prejuízo a partir do momento em que a contratação emergencial do transporte teria tomado por base orçamento apresentado pela empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME. – e não a planilha das fls. 685-6 propriamente dita.

Isso porque a prova dos autos demonstra que a citada pessoa jurídica deliberadamente copiou a planilha elaborada pela Municipalidade para justificar o valor orçado, limitando-se a nela apor um carimbo de identificação

4.3.3.2 Repisa-se que o Sr. Prefeito, por haver tido prévio acesso ao Processo n.º 934/2017 (fl. 679 e fls. 680-2), estava ciente da ilegal e reprovável conduta adotada pela empresa Tio Negão Tur Transporte e Turismo Ltda. ME, como também do fato de que seus subordinados não haviam cumprido a obrigação de buscar junto ao mercado pelo menos 03 (três) projeções de custo.

Sabia, por via de consequência, que a contratação direta do único interessado, pelo preço máximo permitido, era completamente contrária aos interesses da Administração Pública Municipal, mas, ainda assim, não tomou qualquer providência a fim de sanar as patentes irregularidades.

Além disso, considerando-se que o Tribunal de Contas do Estado já havia detectado fraude por ocasião do exame da planilha elaborada pelo Engenheiro Civil, Sr. Ricardo Albuquerque Mello, em novembro de 2015, era indispensável que o Prefeito Municipal tivesse fiscalizado detidamente a atividade da Assessora Especial responsável pela elaboração do novo cálculo tarifário.

Teve oportunidade de fazê-lo, gize-se, quando anexou a citada planilha a resposta apresentada ao ofício expedido pelo Ministério Público (fl. 676), em momento anterior à assinatura do Contrato Emergencial advindo do Processo n.º 934/2017.

Neste momento, poderia perfeitamente ter questionado o fundamento das alterações realizadas e, à vista das respostas fornecidas,



constatado a ocorrência das irregularidades apontadas neste relatório e do consequente sobrepreço da tarifa. Não o fez, contudo, o que caracteriza comportamento omissivo e negligente.

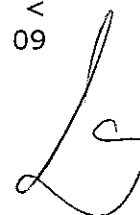
4.3.3.3 E não só por culpa pecou o Chefe do Poder Executivo local. As informações divulgadas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em entrevista coletiva concedida à imprensa na data de 09 de agosto do corrente ano, cujo objeto foi a segunda fase da Operação Ibiacá, dão conta de que, em realidade, os erros constatados nas planilhas de cálculo da tarifa do transporte escolar eram propositados e planejados de forma deliberada pelo Sr. Luiz Américo Alves Aldana em conjunto com seus subordinados e empresas locais. A saber:

Essa medida extrema, que foi a prisão preventiva, que nós pedimos tanto em relação ao Prefeito, quanto em relação ao empresário – e que foi deferida em relação ao empresário-, ela **tem como fundamento principal a comprovação de uma relação extremamente promíscua desse empresário com a Prefeitura** [...] O Prefeito cedendo à pressão do empresário ou até aos pedidos dele, no sentido de formar a Secretaria do Município, compor a comissão de licitações, definir qual Cargo em Comissão ocuparia vaga na Prefeitura. **O Prefeito decidia isso ao lado do empresário, e por isso essa medida.** [...] **O funcionário do empresário, que foi indicado, ele assumiu na Administração Pública como Assessor Especial de Obras e ele fraudava, forjava projetos técnicos, planilhas de custos, ele fraudava a fiscalização das obras, dos serviços e era por meio dessas fraudes que se conseguia, então, desviar recursos públicos.**¹²⁰

No mesmo sentido, tem-se editorial publicado por periódico local, no qual foi registrado que

as fraudes ocorreram a partir de editais, planilhas e projetos técnicos forjados para o direcionamento das licitações, concorrências de preços e até mesmo de pregões eletrônicos. Até mesmo documentos entregues ao Tribunal de Contas do Estado

¹²⁰ STOLF JÚNIOR, Heitor. Entrevista coletiva concedida à imprensa pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <https://www.facebook.com/mprgs/videos/1388502971198549/>>. Acesso em 09 ago. 2017.



(TCE) foram forjados para a manutenção das práticas, após apontamento feitos nas contas da Prefeitura.¹²¹

Se as informações e operações realizadas na data de 06 de junho do corrente ano pelo GAECO, em conjunto com a Brigada Militar, já geravam suspeitas do envolvimento do Prefeito Municipal em atividades ilícitas voltadas a vilipendiar o erário público, as declarações prestadas pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, o afastamento preventivo do Sr. Luiz Américo Alves Aldana do cargo de Prefeito Municipal por 180 (cento e oitenta dias) e a prisão preventiva do representante legal da Construtora JLV Ltda., sepultaram qualquer dúvida que pudesse remanescer acerca tanto de sua conviência, como de sua participação ativa nos atos ilícitos voltados ao desvio de dinheiro público.

Neste sentido, o próprio *Parquet* salientou que o afastamento do Sr. Prefeito teve por objetivo assegurar que ele "[...] não interfira na coleta da prova e para que cesse esta atividade criminosa"¹²² e que irá "[...] nos próximos dias, apresentar a primeira denúncia no Tribunal de Justiça, referente a este caso, instaurando o processo e transformando o Prefeito e o empresário em réus"¹²³.

Não paira dúvida, a partir dos fatos e provas revolidos, que o Sr. Luiz Américo Alves Aldana, na condição de Prefeito Municipal de Montenegro, estava ciente - ou ao menos deveria estar - do superfaturamento da planilha das fls. 685-6, sabia que a oferta da empresa Tio Negão Transporte e Turismo Ltda. ME se baseou no limite máximo do custo indicado na mesma planilha, sabia da inexistência de outras projeções de custos e, ainda assim não tomou qualquer providência com a finalidade de resguardar os interesses econômicos do Município, **praticando ato que além de configurar, em tese, ato de improbidade administrativa, nos**

¹²¹ COITINHO, Jéssica. Montenegro: MP cumpre mandados de afastamento contra prefeito e prisão preventiva para empresário. **Jornal Ibiá**. 09 ago. 2017.

¹²² DALLAZEN, Fabiano. Entrevista coletiva concedida à imprensa pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.facebook.com/mprgs/videos/1388502971198549/>>. Acesso em 09 ago. 2017.

¹²³ DALLAZEN, Fabiano. Entrevista coletiva concedida à imprensa pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://www.facebook.com/mprgs/videos/1388502971198549/>>. Acesso em 09 ago. 2017.



termos do art. 10, da Lei n.º 8.429/92, também se amolda à hipótese do art. 4º, inciso VIII, do Decreto-Lei n.º 201/67.

IV. Dispositivo:

Diante das razões de natureza técnico-jurídica alhures expostas, conclui-se que o Sr. Luiz Américo Alves Aldana, na condição e no exercício do cargo de Prefeito do Município de Montenegro, RS, cometeu as infrações político-administrativas a seguir articuladas:

1. Prática de ato contrário à Lei (art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente de haver firmado e autorizado a publicação do o Edital de Concorrência n.º 09/2015, cujas cláusulas "1.2", "4.1.3 - d e 'e'", "4.1.5 - a e b'", "11.3" e "11.3" padecem de ilegalidade e de haver desviado a finalidade do respectivo ato administrativo;

2. Omissão e negligência na defesa de interesse do Município (art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente da não anulação/revogação do Edital de Concorrência n.º 09/2015 e demais atos licitatórios, após ciência inequívoca das ilegalidades nele contidas;

3. Prática de ato contrário à Lei (art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente de haver firmado e autorizado a publicação do Comunicado de Contratação Emergencial oriunda do Processo n.º 996/2016, cujas cláusula "5.1.3 - d", "5.1.4,-f" e "5.1.6 - a" padecem de ilegalidade e de haver desviado a finalidade do respectivo ato administrativo;

4. Omissão e negligência na defesa de interesse do Município (art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente da não anulação dos procedimentos internos ilegais - direcionamento e não vinculação ao instrumento convocatório - praticados no Processo n.º 996/2016.

5. Omissão e negligência na defesa de interesse do Município (art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrentes da pretensão de dar continuidade a pagamentos com base em tarifa sabidamente superfaturada e da inércia com relação à anulação e/ou revogação da Contratação



Emergencial oriunda do Processo n.º 996/2016, claramente fundada em planilha fraudulenta.

6. Omissão na prática de ato de ofício (art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente de não haver instaurado expediente administrativo-disciplinar para apurar a responsabilidade do Assessor Especial responsável pelo superfaturamento do valor da tarifa do transporte escolar.

7. Negligência na defesa de interesse do Município (art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente de retardamento do início, trâmite e a conclusão do Processo n.º 83/2017 e da fabricação de situação de emergência com o fim de viabilizar posterior contratação direta do serviço de transporte escolar.

8. Omissão na defesa de interesse do Município (art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente de não haver tomado qualquer medida para remediar as irregularidades constatadas na fase interna do Processo n.º 934/2017.

9. Prática de ato contrário à Lei (art. 4º, inciso VII, Decreto-Lei n.º 201/67), decorrente de haver firmado Contrato Emergencial advindo do Processo n.º 934/2017, convalidando procedimentos internos que sabia serem ilegais e ratificando o direcionamento da prestação do serviço.

10. Omissão e negligência na defesa dos interesses do Município (art. 4º, inciso VIII, Decreto-Lei n.º 201/67) por não haver fiscalizado a atualização da Planilha de cálculo tarifário do transporte escolar e, por consequência, autorizar o uso de tarifa superfaturada como limite de preço do Contrato Emergencial respectivo.

Por conseguinte, entende-se haver suficientes fundamentos para a apresentação de denúncia escrita, na forma instituída pelo art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, a fim de que seja desencadeado processo de cassação do mandato do Sr. Luiz Américo Alves Aldana.

Submete-se o inteiro teor do presente relatório ao crivo da Direção e Conselho e Conselho Subseccional de Montenegro, RS, da Ordem dos Advogados do Brasil- OAB.



C. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante do Exposto, com fundamento no art. 5º, do Decreto-Lei n.º 201/67, assim como no Regimento Interno desta Casa, requer seja a presente Denúncia recebida e processada, constituindo-se Comissão e dando-se regular trâmite ao respectivo processo, para que, ao final seja reconhecida a prática, pelo Excelentíssimo Senhor Luiz Américo Alves Aldana, na condição de Prefeito Municipal, das infrações político-administrativas previstas no art. 4º, incisos VII e VIII, também do Decreto-Lei n.º 201/67, com final imposição de pena de perda de mandato e inabilitação para o exercício de cargo público.

Para tanto, requer o recebimento e juntada da prova documental anexa a este petitório, extraída em sua integralidade dos autos do Processo Especial n.º 2017.0001/2017, instaurado pela Subseção de Montenegro da Ordem dos Advogados do Brasil.

Registra-se, neste diapasão, que embora não tenha contado nos autos do Processo Especial em epígrafe, por uma questão de interesse público, junta-se a este petitório cópia de **denúncia** apresentada ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pela Procuradoria de Prefeitos do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra Luiz Américo Alves Aldana, em razão da prática, em comunhão de esforços e vontades com terceiras pessoas, dos **crimes de dispensa legal de licitação, fraude ao caráter competitivo de licitação e supressão de documentos**, cujo teor justifica a necessidade de o Sr. Prefeito haver sido suspenso do exercício de função pública e afastado temporariamente do cargo (mandato) pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, bem como corrobora a integralidade das conclusões exaradas no relatório que fundamenta a presente Denúncia.

Trata-se de documento encaminhado na data de 24 de agosto de 2017 à Seccional do Rio Grande do Sul, da Ordem dos Advogado do Brasil, diretamente pelo Procurador-Geral do Ministério Fabiano Dallazen, desde já se requerendo que seja expedido ofício ao **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, endereçado à Procuradoria de Prefeitos, solicitando-se cópia protocolada e assinada do citado documento, bem como





de provas outras que tenham sido colhidas e que não se encontrem submetidas a sigilo.

Na mesma senda, requer seja expedida notificação ao **Ministério Público Estadual**, notadamente à Promotoria de Justiça Especializada de Montenegro, a fim de que remeta a esta Casa cópia xerográfica das fls. 1492 e seguintes, do Inquérito Civil n.º 01175.0036/2016, uma vez que tais documentos aportaram ao citado expediente após a instauração do Processo Especial n.º 2017.0001/2017, com trâmite junto à Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Montenegro, RS.

Requer-se, ademais, seja determinada a expedição de ofício ao **Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, a fim de que remeta cópia xerográfica dos Processos de Inspeção Especial n.º 00430-0200/16-0 e n.º 7014-0200/17-8, ambos destinados a apurar denúncias de superfaturamento das planilhas de cálculo tarifário do transporte escolar insertas no Edital de Concorrência n.º 09/2015 e nas Contratações Emergenciais desencadeadas pelos processos n.º 996/2016 e 934/2017, todos inciados/celebrados pelo Município de Montenegro.

Por medida de economia e celeridade, desde já registra o denunciante que, caso haja cópia integral dos documentos alhures mencionados nos autos do Processo n.º 187-SI138/17, referente a pedido de *impeachment* do Excelentíssimo Senhor Luiz Américo Alves Aldana, com trâmite perante esta Câmara de Vereadores, concorda sejam as cópias extraídas diretamente do referido feito.

Requer, outrossim, sejam expedidos ofícios ao **Município de Montenegro** e, na hipótese de a documentação solicitada haver sido apreendida, sucessivamente, ao **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, notadamente à Procuradoria de Prefeitos, para que remeta cópia xerográfica integral do Processo n.º 934/2017, relacionado à contratação de transporte escolar, mediante dispensa de licitação, para o ano letivo de 2017.

Requer seja oficiado o **Município de Montenegro**, a fim de que remeta cópia xerográfica integral do Processo n.º 83/2017 e documentos correlatos, que trata de novo procedimento licitatório destinado à

A handwritten signature or mark, possibly a stylized 'L' or 'B', is located in the bottom right corner of the page.

contratação, sob a modalidade de concorrência e sob o critério de menor preço, do transporte escolar neste Município.

Requer-se também que esta **Câmara de Vereadores** junte aos autos do presente processo os pedidos de informação e suas respectivas respostas, relacionados ao transporte escolar para a educação infantil e fundamental das escolas estaduais e municipais, nos limites do Município de Montenegro, RS, nos anos de 2015 a 2017.

Ao fim e ao cabo, requer a produção de prova testemunhal, com oitiva das pessoas abaixo qualificadas.

Montenegro, 25 de agosto de 2017.


SEPÉ TIARAJÚ RIGON DE CAMPOS
Presidente da Subseção de Montenegro da OAB/RS
Título de Eleitor n.º 043942290469, Zona 031 , Sessão 0079.

ROL DE TESTEMUNHAS:

Altair Flores Reinaldo, brasileiro, inscrito sob o CPF n.º 389.192.810-68, residente e domiciliado à Rua Ubatuba de Farias, n.º 181, no Município de Sapucaia do Sul, RS.

Edar Borges Machado, brasileiro, casado, inscrito sob o CPF n.º 212.530.560-72, residente e domiciliado à Rua José Lerch, n.º 640, Bairro São João, no Município de Montenegro, RS.

Marcelo Augusto Rodrigues, brasileiro, casado, procurador municipal, inscrito sob o CPF n.º 378.329.130-43, residente e domiciliado na Rua





ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seccional do Rio Grande do Sul
Subseção de Montenegro

Manoel de Souza Moares, n.º 57, Bairro Progresso, no Município de Montenegro, RS.

Gustavo Zanatta, brasileiro, solteiro, fisioterapeuta, inscrito sob o CPF n.º 938.367.830-53, residente e domiciliado à Rua João Pessoa, n.º 1810, Bairro Centro, no Município de Montenegro, RS.