

DECISÃO DE SEGUNDO GRAU

ASSUNTO: Decisão de Segundo Grau no Processo Administrativo nº 001/2022 SECUT sobre a apuração de responsabilidade da empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA (ZAGA PRODUÇÕES).

I – DO RELATÓRIO

O presente processo administrativo se originou através do Memorando nº 106/2021/CGM (às fls. 02), foi instruído com os documentos pertinentes à lide e, considerando os Princípios do Contraditório e Ampla Defesa, o requerido foi Notificado para apresentar defesa (às fls. 50/51 e aviso de recebimento devidamente assinado às fls. 53), Defesa Administrativa apresentada (fls. 56/61) juntamente com os documentos de comprovação em anexo (fls. 70/75), juntamente, ainda, com 01 (um) PENDRIVE em anexo, devidamente lacrado, atualmente o referido Processo Administrativo tem como seus últimos documentos juntados a Petição Recursal da empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA (ZAGA PRODUÇÕES) e o Ofício nº 051/2022/SECUT, datado de 13 de dezembro de 2022.

Considerando o referido Ofício, no tocante a irretratabilidade da Decisão de Primeiro Grau proferida pela Secretária Municipal de Cultura e Turismo e, com fundamento na *alinea* “a” e “b”, inciso IV, art. 8º da Instrução Normativa nº 005, de 20 de janeiro de 2016, com redação atualizada pela Instrução Normativa 007, de 17 de outubro de 2017, bem como a remessa dos autos para o chefe do Poder Executivo, trata-se de Decisão de Segundo Grau, em exame e referência ao recurso interposto pela empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA (ZAGA PRODUÇÕES), às fls. 109/115, constante do Processo Administrativo de Apuração de Responsabilidade - PAAR nº 001/2022, instaurado por meio da Portaria nº 054/2022, datada de 11 de janeiro de 2022, tendo como objetivo apurar responsabilidade frente ao descumprimento da Ata de Registro de Preços nº 035/2020.

Em sede recursal, a empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA (ZAGA PRODUÇÕES) alegou o adimplemento parcial da demanda, ou seja, a entrega de parte dos produtos adquiridos pelo contratante, bem como, em decorrência de sua alegação, suscitou que a inadimplência é parcial e, com base nesta alegação, subsidiariamente, por considerar, unilateralmente, que parte dos produtos foram deixados nas dependências do prédio da Prefeitura Municipal, pediu a devolução da mercadoria por parte do Município de Itajubá/MG e, em suas fundamentações, alegou a ocorrência de

força maior.

Em seus pedidos, pugnou pelo acolhimento de seu Recurso Administrativo, de forma a modificar a Decisão de Primeiro Grau e, ainda, subsidiariamente, na hipótese de manutenção da condenação, pleiteou “a devolução da segunda carga de fogos que não foi utilizada”, por fim, pediu para ser afastada a incidência do art. 87, inciso II e III, da Lei 8.666/93, de modo que a empresa não seja impedida de contratar com a Administração Pública, bem como para que não haja a incidência da multa aplicada.

II – DA ANÁLISE DO MÉRITO RECURSAL

a) Da alegação de adimplemento parcial admitido e inadimplemento parcial em decorrência de caso de força maior

O recorrente, em breve síntese, alega que foram contratadas, pelo Município de Itajubá/MG, 2 (duas) cargas de fogos de artifícios para a realização de festividades de fim de ano, cuja ocorrência se daria no período compreendido entre 10/12/2020 e 03/01/2021. Alegou, ainda, que no início das festividades houve a ocorrência da entrega parcial dos fogos e que tais produtos foram utilizados já no início do Festival Cultural Natalino. Como prova de suas alegações, assim como fez durante a instrução de sua defesa, juntou aos autos apenas imagens (fotos) dos produtos alocados em uma área que, ao menos pelo que está instruído, não há como sequer distinguir a área.

Diante de tais alegações, verifica-se que o requerido alegou questões, bem como trouxe um acervo probatório no sentido de eximir-se da responsabilidade que está sendo apurada pelo Município de Itajubá/MG, ou seja, com a finalidade de alegar fatos extintivos no tocante ao objeto da apuração de responsabilidade instaurado por este procedimento administrativo. Neste sentido, quanto ao acervo probatório, tem-se o art. 373, inciso II do Código de Processo Civil:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Frisa-se que, nos termos do art. 369 do Código de Processo Civil, os meios de produção de provas são livres, desde que legais e moralmente legítimos, ou seja, para comprovar suas alegações e

o integral cumprimento do contrato o requerido tem a liberalidade de produzir as provas que entender pertinentes a instrução probatória de suas argumentações.

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que as provas juntadas aos autos pelo requerido não são suficientes para demonstrar a efetiva prestação de serviço, conforme denota-se, inclusive, de fls. 70/76, verifica-se apenas fotos dos produtos que, tão somente demonstram o depósito de fogos de artifício pela empresa, contudo, sem nexos de causa com a contratação do produto e tampouco sem a demonstração de que o contrato foi efetivamente cumprido, seja em sua integralidade e/ou parcialidade, tendo em vista que os referidos documentos comprobatórios não demonstram relação de que tais produtos estariam em posse do Município de Itajubá/MG.

Ainda, em continuidade a análise do conteúdo probatório juntado pelo requerido, especificamente no tocante ao vídeo constante em PENDRIVE, verifica-se que, assim como no parágrafo anterior, não há demonstração da prestação do serviço, conseqüentemente não é possível verificar a entrega dos produtos ao Município de Itajubá/MG, não comprovando, portanto, o efetivo e integral cumprimento do contrato, qual seja, a entrega dos objetos resgatados pela Ata de Registro de Preços nº 035/2022.

O recorrente alega o cumprimento parcial do que foi contratado, contudo, não se cuidou de comprovar, através de documentos com força probante, suas alegações. Ora, apenas fotos dos fogos alocados em uma área que não é possível distinguir sua localização, não pode ser levado em consideração a efetiva entrega, visto a ausência de nexos causal entre as fotos e o cumprimento, ainda que parcial, da disposição dos produtos. Importante ressaltar que, em respeito ao devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como em observância a adequada instrução probatória nos autos, em relação específica a este ponto, foi concedida ao recorrente, mais de uma oportunidade para a juntada de documentos comprobatórios.

Neste sentido, com base na instrução probatória realizada pela defesa, não restou comprovada a entrega dos produtos contratados, seja parcial ou total, por conseguinte, não há como constatar o adimplemento contratual, visto que, com base no que foi narrado, corroborando com o conteúdo probatório juntado aos autos, não há nenhum documento juntado neste procedimento administrativo capaz de comprovar as alegações e o nexos causal de que os produtos foram entregues.

Portanto, diante do inadimplemento do que foi contratado, bem como da falta de provas capazes de comprovar seu adimplemento, observa-se que a alegação da ocorrência de descumprimento por força maior (Pandemia COVID-19) não merece prosperar, visto a questão fática: independentemente do período Pandêmico e independentemente da ocorrência das festividades, tem-se que o produto foi pago e não foi entregue. Ademais, quanto ao pagamento, este ocorreu de forma errônea, pois efetivado antes do recebimento dos produtos, fato que também, por si só, independentemente de caso de força maior, gera nulidade da contratação.

Exaurida a questão da insuficiência probatória para demonstração da efetivação da prestação do serviço pela empresa supracitada, **partindo-se para a questão da ocorrência do pagamento antecipado**, analisando o subempenho de fls. 32, o empenho de fls. 33, a ordem de serviço de fls. 34/36, a nota fiscal de fls. 37/39, a nota de pagamento do empenho de fls. 40/41 e, por fim, a efetivação da transferência bancária de fls. 42, verifica-se que o pagamento foi realizado em sua integralidade, no valor de R\$ 94.600,00 (noventa e quatro mil e seiscentos reais), incluindo, neste valor, o pagamento de Imposto Sobre Serviço no importe de R\$ 1.901,46 (um mil, novecentos e um reais e quarenta e seis centavos).

A questão do recebimento antecipado, inclusive, nos termos do art. 374, inciso II, é fato incontroverso, visto que confessados pela parte contrária às fls. 56 do Processo Administrativo em questão. Portanto, verifica-se que, além dos documentos comprobatórios mencionados no parágrafo anterior, tem-se a confissão do requerido quanto ao recebimento dos valores de maneira antecipada, o que configura afronta às normas vigentes em nosso ordenamento. Neste sentido, tem-se o art. 62 e 63, § 2º da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, legislação que versa sobre as normas gerais de Direito Financeiro:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

[...]

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Por sua vez, o Decreto 93.872, de 23 de dezembro de 1986, também trata sobre a vedação ao pagamento antecipado:

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

De forma a complementar o acervo legal que dispõe sobre o tema, salienta o art. 65, inciso II, *alinea* C, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, o qual dispõe sobre a vedação da antecipação de pagamento inclusive quando da ocorrência de circunstâncias supervenientes que possam modificar a forma de pagamento:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

Não obstante o dispositivo anterior, a nova Lei de Licitações, qual seja: Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, também trata sobre a proibição do pagamento antecipado, conforme dispõe em seu art. 145:

Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

Cabe observar que este dispositivo veda, inclusive, a antecipação de pagamento parcial ou total, ou seja, ainda que, hipoteticamente, houvesse a antecipação parcial do pagamento pelo suposto cumprimento parcial do contrato, conforme alegado em Contestação, o ato já seria vedado pela legislação vigente. Importante ressaltar que no presente caso houve a antecipação total do pagamento, conforme documentos de fls. acima mencionadas.

Por fim, não há na Ata de Registro de Preços nº 035/2020 qualquer elemento e/ou disposição passível de autorizar a antecipação de pagamento, inclusive, o item 04 (quatro) do referido documento dispõe o seguinte:

4. Os valores devidos pelo Município de Itajubá serão pagos, em até 30 (trinta) dias após o recebimento definitivo (formal e objetivo dos produtos), mediante apresentação da respectiva fatura acompanhada dos demais documentos fiscais, inclusive comprovantes da regularidade social.

Pelo Princípio da Legalidade tem-se que a administração pública poderá praticar determinado ato, fazer ou deixar de fazer algo, somente quando houver algum dispositivo legal que determine, autorize e/ou regularize seus atos. Conforme demonstrado, observando que não há normativa autorizando o pagamento antecipado à efetivação da prestação de serviço, mas pelo contrário, todos os dispositivos legais supracitados vedam a efetivação de pagamento anterior a prestação do serviço contratado, conclui-se que o recebimento antecipado pela empresa foi ilegal, deste ato ilegal, tem-se a ocorrência do dano ao erário, motivo pelo qual seu ressarcimento é indispensável.

Inclusive, importante ressaltar o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União, conforme já citado pela Controladoria Geral do Município de Itajubá/MG, em fls. 11 deste Processo Administrativo, o qual corrobora com o posicionamento do ordenamento vigente:

EMENTA – RECURSOS ORDINÁRIOS. PRELIMINARES. ADMISSIBILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS. NULIDADE DA CITAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. PROVIMENTO PARCIAL. CANCELAMENTO DE PARTE DO ACÓRDÃO. O pagamento antecipado do valor do contrato, sem a devida contraprestação dos serviços, afronta o disposto no art. 62 da Lei Federal nº 4.320/64 e os princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição da República. NOTAS TAQUIGRÁFICAS – 33ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 16/11/2016.

Neste sentido, correto o posicionamento da Controladoria Geral do Município em seu Parecer nº 002/2021/CGM no sentido de não vislumbrar condições excepcionais que justifiquem o pagamento antecipado de fatos de artifício, visto que, no âmbito legal, não há nenhuma normativa que autorize o referido ato, tampouco disposição na Ata de Registro de Preços nº 035/2020 que permita a efetivação antecipada do pagamento.

Averiguados os pontos referentes ao mérito recursal, em análise ao conteúdo probatório contido no Processo Administrativo, verifica-se, a ocorrência de duas irregularidades: 1) a não prestação dos serviços contratados, ou seja, a não prestação do show pirotécnico para atender aos eventos e festividades que seriam realizadas no ano de 2020 (aniversário da cidade e festividade de final de ano); 2) o pagamento antecipado no valor de R\$ 94.600,00 (noventa e quatro mil e seiscentos reais) para a prestação dos serviços dispostos no item “1”. Em resumo, a empresa recebeu antecipadamente os valores (o que não poderia ocorrer) para prestar os serviços para a qual fora contratada (prestação que não ocorreu).

Conforme já mencionado, as irregularidades mencionadas no parágrafo anterior destoam de quaisquer referências a ocorrência de força maior, em outras palavras: as irregularidades acima citadas e devidamente fundamentadas ocorreram independentemente do período da Pandemia COVID-19, da não realização (ou realização) dos eventos de fim de ano, ou seja, não há interferência do período Pandêmico no efetivo cumprimento contratual, não sendo o caso, para tanto, a ocorrência de força maior, visto que, novamente, a Pandemia COVID-19 não interferiu no cumprimento do contrato (nas questões de recebimento antecipado e não inadimplência na entrega dos produtos), mas tão somente na realização dos eventos.

Por fim, neste sentido, em observância as questões acima citadas e fundamentadas, considera-se correta a Decisão de Primeiro Grau, proferida pela Ilma. Secretária de Cultura e Turismo do Município de Itajubá/MG.

b) Do pedido subsidiário concernente à devolução da mercadoria por parte do Município de Itajubá/MG

O recorrente, na hipótese de condenação, pleiteou que seja devolvida a 2ª (segunda) carga de explosivos, alegando que já foram devidamente entregues ao Município de Itajubá/MG, sob pena de enriquecimento sem causa. Quanto a este pedido, cabe ressaltar e repetir todo o alegado no tocante a não comprovação da entrega dos produtos, até porquê, analisando o conteúdo probatório nestes autos, não há como presumir a entrega dos mesmos, neste sentido, importante citar novamente os arts. 369 e 373, ambos do Código de Processo Civil.

Constata-se nos autos, portanto, a seguinte situação, o recorrente alega que entregou os fogos, não comprova a efetiva entrega, não comprova o nexo causal e, em sede recursal pleiteia a devolução de um produto que, presume-se (segundo apenas suas alegações e imagens incapazes de comprovar o que foi alegado), que foi entregue. Neste sentido pode-se considerar que sequer há objeto para este pedido, pois ao que consta no procedimento administrativo, não há entrega dos produtos que estão sob pedido de devolução.

Ademais, o recorrente invocou, em sua petição recursal, no tópico dos pedidos, no parágrafo 26, um novo pedido, visto que não há, de forma expressa, este requerimento em sua defesa administrativa. Invocar um novo pedido ou causa de pedir, em sede de recurso, consiste em inovação recursal, prática vedada pelo nosso ordenamento jurídico, que não se conhece em face dos limites da lide que se fixam no momento da inicial e da contestação, a teor dos arts. 264 e 300, ambos do Código de Processo Civil.

Portanto, por todo o exposto e fundamentado, ainda que subsidiariamente, verifica-se que não há possibilidade de devolução de um produto que sequer foi entregue, não é possível sequer deliberar sobre este pedido, ainda que de maneira subsidiária, visto inovação recursal, fundamentado pelos dispositivos legais acima mencionados.

c) Do pedido de reforma da condenação ao impedimento de contratar com a administração pública por 2 (dois) anos, bem como da reforma da penalidade de multa em 10% (dez por cento) do valor contratado

O recorrente, em síntese, pediu pelo afastamento da incidência do art. 87, inciso II e III, da Lei 8.666/93, de modo que a empresa não seja impedida de contratar com a Administração Pública, bem como para que não haja a incidência da aplicação de multa no importe de 10% (dez por cento) do valor contratado.

Os pedidos não constam motivados de fundamentação jurídica e/ou administrativa, apenas com presunções e argumentos unilaterais de que a penalidade imposta se encontra, em suas palavras: “*em discordância com o razoável*”, impondo-se ao seu limite máximo, devendo, estas penalidades serem aplicadas “*apenas em casos mais gravosos*”,

Diante dos fatos e fundamentos acima elucidados, bem como o conjunto probatório, resta de forma bem clara a existência de irregularidades por parte da LUIZ GONZAGA DA FONSECA (ZAGA PRODUÇÕES) na prestação contratual. Diante desta conclusão, nesta linha de raciocínio, o arts. 87, da Lei nº 8666/93, prevê um rol de sanções possíveis de serem aplicadas pela Administração Pública no caso de inexecução total ou parcial do contrato. Assim vejamos:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Ademais, o Código Civil de 2002, em seus arts. 186 e 927, dispõe a responsabilidade civil no caso de prática de ato ilícito que cause prejuízo a outrem.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por fim, o art. 54, da Lei 8666/93 permite a aplicação do Código Civil nos contratos administrativos

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado

Como se vê, no caso em tela, além das penalidades previstas no artigo 87, da Lei 8666/93, a empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA também está sujeita as consequências trazidas pelas disposições do Código civil, mais precisamente no que tange a responsabilidade civil, pois, como reza o artigo acima citado, os contratos administrativos também se submetem as disposições do direito privado.

Diante disso, como ficou comprovado pelos documentos juntados, **houve um dano ao erário em um importe de R\$ 94.600,00 (noventa e quatro mil e seiscentos reais), o qual deve ser integralmente devolvido**, como forma de ressarcir o prejuízo causado pela empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA (ZAGA PRODUÇÕES). **Neste sentido, acertada foi a Decisão proferida pela Ilma. Secretária de Cultura e Turismo em relação à todas as suas penalidades, visto que, legalmente, se enquadram no presente caso e estão devidamente fundamentadas.**

Em face de toda documentação que comprova a veracidade dos fatos, não é forçoso concluir pela existência de irregularidades na relação contratual, consistente na não prestação dos serviços contratados, ou seja, a não prestação do show pirotécnico e o pagamento antecipado no valor de R\$ 94.600,00 (noventa e quatro mil e seiscentos reais) para a prestação dos serviços que não ocorreram, fatos que violaram os diplomas legais que regulamentam a relação contratual entre o Município de Itajubá e a empresa LUIZ GONZAGA DA FONSECA, o que, por si só, justifica a aplicação das penalidades de restituição ao erário público pelo dano causado, a aplicação de multa de 10 % do valor do contrato e a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo de superior a 2 (dois) anos, conforme o artigo 87, incisos II e III, da Lei 8666/93.

III – DA CONCLUSÃO – DO DISPOSITIVO

Diante de todo o exposto, pelas razões expostas e devidamente fundamentadas nos autos, ainda, em exame ao Recurso de Segundo Grau interposto pelo recorrente, diante de suas atribuições e com fundamento no § 2º do art. 6º da Instrução Normativa 005, de 20 de janeiro de 2016, com redação atualizada pela Instrução Normativa 007, de 17 de outubro de 2017, **é a presente Decisão para manter, em sua integralidade, as disposições e as determinações da Decisão de Primeiro Grau proferida pela Ilma. Secretária Municipal de Cultura e Turismo, datada de 18 de novembro de 2022.**

Atenciosamente,

CHRISTIAN GONÇALVES TIBURZIO E SILVA

Prefeito Municipal