Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 1014/2016

PROCESSO TC/MS	: TC/15538/2014
PROTOCOLO	: 1532954
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO - NOTA DE EMPENHO Nº 320/2014
ÓRGÃO	: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAUDE PUBLICA DE CAMPO GRANDE
JURISDICIONADO	: IVANDRO CORREA FONSECA
CARGO	: SECRETÁRIO MUNICIPAL
INTERESSADA	: MS DIAGNÓSTICA LTDA.
OBJETO	: AQUISIÇÃO DE REAGENTE PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES DE HEMOGRAMA E DE TIRA REAGENTE PARA ANÁLISE DE URINA
VALOR	: R$ 761.250,00
RELATOR	: CONS. RONALDO CHADID

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – NÃO ENCAMINHAMENTO DOS DOCUMENTOS AO TRIBUNAL DE CONTAS – IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DE EXISTÊNCIA E VALIDADE – IRREGULARIDADE – NOTA DE EMPENHO E EXECUÇÃO FINANCEIRA – IRREGULARIDADE – IMPUGNAÇÃO – MULTA.
É irregular o procedimento licitatório quando não encaminhados os documentos comprobatórios da sua existência e validade, razão pela qual, conforme dispositivo legal, os demais atos, formalização da nota de empenho e execução financeira, são irregulares, o que enseja impugnação do valor e aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 9ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 3 de maio de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório realizado na modalidade Pregão Presencial nº 160/2013, em razão da não remessa de documentos, assim como da formalização e da execução financeira da Nota de Empenho nº 320/2014, emitida pela Secretaria Municipal de Saúde Pública de Campo Grande-MS em favor da empresa MS Diagnóstica Ltda., com impugnação do valor R$ 761.250,00, devidamente atualizado, acrescido dos juros legais, a ser ressarcido aos cofres do Município de Campo Grande e aplicação de multa no valor equivalente a 1630 UFERMS, ao Sr. Ivandro Correa Fonseca, Secretário Municipal.

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid

Em exame o procedimento licitatório - *Pregão Presencial nº 160/2013* - a formalização e execução financeira da Nota de Empenho nº 320/2014, extraída pela Secretaria Municipal de Saúde Pública de Campo Grande/MS, em favor da empresa MS Diagnóstica Ltda., cujo objeto é à aquisição de reagente para realização de exames de hemograma e de tira reagente para análise de urina com 10 (dez) parâmetros, a saber: leucócitos, proteína, cetona, bilirrubina, PH, nitrito, glicose, urobilinogenio, sangue e cor da urina, no valor de R$ 761.250,00 (setecentos e sessenta e um mil e duzentos e cinquenta reais).

Após analisar os documentos que compõem o presente processo a esquipe técnica concluiu que a 1ª fase não se encontra em consonância com as normas de Licitações e Contratações Públicas, em face da ausência de todos os documentos elencados na IN/TCE/MS nº 35/11. Já a 2ª e 3ª fases, considerando a documentação apresentada, a equipe técnica concluiu que atendem às disposições das Leis nºs 8.666/93 e 4.320/64 (Análise nº 3530/2015).

O ilustre representante do Ministério Público de Contas emitiu parecer opinando pela ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório, da formalização e execução da nota de empenho em epígrafe e pela aplicação de multa ao Responsável em razão da remessa tardia de documentos (Parecer nº 11956/2015).

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid

Ao proceder à análise das peças que compõem os autos e amparado pelas informações técnicas prestadas pela 5ª ICE, constato que não foi remetida a este Tribunal de Contas a documentação necessária para averiguar a regularidade dos atos praticados pelo Ordenador de Despesas pertinente a 1ª fase.

Para aquisição de reagente para realização de exames de hemograma e de tira reagente para análise de urina o Gestor adotou a modalidade licitatória disciplinada na Lei 10.520/02, denominada Pregão Presencial (nº 160/2013), no entanto, não remeteu os documentos elencados na Instrução Normativa nº 35/11, necessários para atestar sua regularidade:

B.1) Procedimento Licitatório:

1. Autorização para realização da licitação;
2. Indicação do objeto e do valor estimado, acompanhado da pesquisa de mercado;
3. Indicação da existência de dotação orçamentária para execução do objeto;
4. Em caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, comprovação de sua inclusão nas metas estabelecidas no Plano Plurianual;
5. Edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
6. Pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre o edital da licitação, da minuta do contrato e do resultado da licitação;
7. Comprovante das publicações do resumo do edital ou da entrega do convite e afixação do edital do convite;
8. Lei que estabelece o veículo oficial de divulgação da Administração Pública;
9. Ato de designação da comissão de licitação e respectiva publicação, ou, quando for o caso, de designação de pregoeiro e equipe de apoio;
10. Documentação de habilitação dos licitantes;
11. Certidão Negativa de Débito com o INSS e Certificado de Regularidade de Situação com o FGTS (todas as modalidades, dispensa e inexigibilidade);
12. Cópia das propostas e dos documentos que as instruírem;
13. Atas, relatórios, diligências e deliberações da comissão julgadora;
14. Atos de adjudicação do objeto da licitação e da homologação;
15. Recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
16. Minuta de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
17. Outros comprovantes de publicação;
18. Demais documentos relativos à licitação;
19. Quando o objeto for transporte escolar, os documentos referentes ao termo de cooperação mútua n.01/2009:

a) Alvará para explorar o serviço de Transporte Escolar emitido pela Prefeitura;

b) Planilha com o mapeamento de linhas, percurso e respectivas quilometragens do transporte escolar, assinada pelo responsável;

Intimado (Termos de Ofício nºs 21881/2014 e 16204/2015) para apresentar a documentação acima descrita, o Secretário Municipal de Saúde Pública de Campo Grande/MS deixou transcorrer o prazo sem apresentar manifestação, conforme certifica o Despacho nº 43717/2015.

Considerando que na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, que só é permitido fazer o que a lei autoriza, e no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello: "[...] *explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público* [...]"[1], deveria o Ordenador de Despesas comprovar nos autos, por meio dos documentos elencados na IN/TCE/MS nº 3511, que o certame foi realizado como determina a legislação pertinente.

[1] MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

A atual Carta Magna disciplina em seu art. 37 que o procedimento licitatório é *requisito prévio e obrigatório* para celebração de contrato ou instrumento equivalente. Assim, conforme entendimento do mestre José dos Santos Carvalho Filho, que conceitua que a licitação:

> Trata-se de um procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.[2]

A licitação é princípio que visa, além da isonomia e busca de vantajosidade para a administração pública, transparência, efetividade e promoção do desenvolvimento econômico nacional. A Lei de licitações nº 8.666/93 vem exigir licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (art. 2º e 3º).

O art. 4º, *parágrafo único*, também da Lei nº 8.666/93, traz outro princípio a ser observado: o procedimento formal – que vincula o Administrador quando da realização do certame às prescrições legais que o regem em todos os seus atos e fases - que no presente caso não há como saber se foi observado, pois o Responsável deixou de apresentar os documentos do procedimento licitatório por ele realizado.

A licitação é um procedimento administrativo preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido no art. 38, da Lei 8.666/93, em que estabelece que a licitação será iniciada com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa.

Por se tratar de procedimento que visa à avaliação do interessado no que diz respeito à sua idoneidade e capacidade de assumir obrigações contratuais perante a Administração na execução do objeto por esta almejado, é de se concluir que se trata de fase pré-contratual, pouco importando se o ajuste decorrerá de processo licitatório ou de sua dispensa ou inexigibilidade. Assim, qualquer que seja o procedimento a ser adotado para a conclusão de uma avença, a Administração não poderá, em regra, dispensar a fase habilitatória, sob pena de nulidade do procedimento.

Por se tratar de caso assemelhado, cito o entendimento do TCE/MT acerca da ausência de formalidade no procedimento licitatório:

> SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DE MATO GROSSO. CONSULTA. LICITAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE FORMALIDADES DE ACORDO COM AS REGRAS DA LEI DE LICITAÇÕES. RESPONDER AO CONSULENTE QUE:

[2] FILHO, Carvalho, José dos Santos, 2006

> 1) os processos administrativos deverão ser autuados, protocolados e rubricados a partir do recebimento da autorização do ordenador para a contratação, com a indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa; e,
>
> 2) o descumprimento de formalidades do processo licitatório implica em vícios que, dependendo da gravidade, poderão corromper e comprometer o certame, tornando-o nulo [3].

Em suma, a licitação é um procedimento administrativo obrigatório, complexo, formal, vinculado, através da qual, Administração Pública, visa garantir a oportunidade de acesso das partes interessadas a firmarem contrato junto com ente público, devendo este, obedecer aos princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e também aos princípios fixados no Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles:

> É um procedimento administrativo, composto de atos sequenciais, ordenados e interdependentes, mediante os quais a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, devendo ser conduzida em estrita conformidade com os princípios constitucionais e aqueles que lhes são correlatos.[4]"

Todavia, a Lei de Licitações e Contratos permite, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, hipóteses em que a Administração possa dispensar ou até mesmo considerar inexigível a licitação. Desta feita, os artigos 24 e 25 contemplam os casos em que a licitação é dispensável ou inexigível. Entretanto, mesmo diante da ausência de licitação (excetuada pelos artigos acima citados) a Administração não pode celebrar contratação informal, pois, deve, obrigatoriamente, se submeter a um procedimento formal.

O fato de o Ordenador de Despesas não ter encaminhado a esta Corte de Contas a documentação referente à 1ª fase nos leva a presumir que o procedimento não foi realizado, e se realizado, o fato de não tê-lo remetido impossibilita de verificar se os atos praticados por ele enquanto Secretário foram realizados em conformidade com a lei.

Em razão da ausência dos documentos que instruem o certame – Pregão 160/2013 - os atos subsequentes ao certame são nulos, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei 8.666/93:

> Art. 49 ...
>
> (...)
>
> **§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato**... (grifo nosso).

[3] Resolução de Consulta nº 17/2009 - Sessão de Julgamento 12-05- 2009
[4] MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: RT, 1990.

O procedimento licitatório, de dispensa ou de inexigibilidade é obrigatório devido à imperatividade legal, ou seja, o administrador ou gestor público não tem faculdade de decidir se faz ou não esse procedimento.

A não realização de licitação quando obrigatório o certame público, configura improbidade administrativa, que pode encontrar tipificação tanto no catalogo da norma do art.10 da Lei 8.429/92, como o da norma do art. 11 da Lei 8.429/92. Na primeira hipótese, a não realização de licitação é acompanhada de prejuízo ao erário, configurando improbidade administrativa, justificada pela norma do art. 10 VIII; na segunda hipótese, a não realização de licitação configura improbidade administrativa, por ofensa aos princípios que informam a administração pública e também por violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, conforme se pode inferir da norma do art. 11 "*caput*". Dessa forma, os autos serão remetidos ao Ministério Público de Contas a fim de apurar se a conduta omissiva do Gestor incorre em ato de improbidade.

Mesmo com a ausência dos documentos atinentes à 1ª fase, o Ordenador de Despesas encaminhou, embora fora do prazo estabelecido na Instrução Normativa nº 35/11, os documentos referentes à 2ª e 3ª fases, evidenciando que a formalização e execução financeira da Nota de Empenho nº 320/2014 se consolidou da seguinte forma:

Valor da nota de empenho	R$ 761.250,00
Pagamento efetuado	R$ 761.250,00
Despesa liquidada	R$ 761.250,00

Conforme demonstra o quadro acima a despesa foi processada em consonância com o estabelecido nos arts. 62 *usque* 65 da Lei 4.320/64.

No entanto, o fato de o Gestor não apresentar a documentação referente ao procedimento licitatório nos leva a crer que o mesmo não existe, ou se existe, assumiu o risco por sua inércia, uma vez que caber ao gestor comprovar a regularidade de todas as fases da despesa pública, em face do princípio da inversão do ônus da prova a que estão submetidos os gestores públicos, dessa maneira, conforme estabelece o art. 49 da Lei 8.666/93, todos os atos praticados neste caso são irregulares, ilegais e nulos, devendo a referida despesa ser impugnada para o ressarcir ao erário do prejuízo causado, conforme estabelece o art. 61, I, da Lei complementar nº 160/12.

Além do mais, pela irregularidade constatada nos autos (*ausência de procedimento licitatório*) o Ordenador de Despesas se sujeita à multa prevista no art. 170, II, do Regimento Interno desta Corte de Contas, que ao final quantifico.

DISPOSITIVO

Mediante o exposto, acolho o parecer do Ministério Público de Contas e nos termos do art. 59, inciso III, da Lei Complementar 160/12, art. 120, incisos I, II e III, c/c art. 121, inciso IV, alínea *"a",* ambos do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela RN/TCE/MS nº 76/13, **VOTO:**

I - Pela **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório - *Pregão Presencial nº 160/2013* – e demais atos subsequentes, em face da ausência total dos documentos - infringência do art. 3º e 38 da Lei 8.666/93 e descumprimento do Anexo I, Capitulo III, seção I, item 1.1, da Instrução Normativa TC/MS n. 35/2011;

II - Pela **IMPUGNAÇÃO** do valor de R$ 761.250,00 (setecentos e sessenta e um mil e duzentos e cinquenta reais), responsabilizando o Ordenador de Despesas, Ivandro Correa da Fonseca, inscrito no CPF sob o nº 615.426.791-68, pelo ressarcimento aos cofres públicos, devidamente atualizado, acrescido dos juros legais, considerando como termo inicial a data de 01/01/2015[5], em razão do processamento de despesas nos moldes da Lei 4.320/64 sem comprovação da realização de procedimento licitatório, nos termos do art. 61, I, da Lei Complementar 160/2012;

III – Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** ao Ordenador de Despesas, Ivandro Correa da Fonseca, acima qualificado, no valor correspondente a 1630 (um mil e seiscentos e trinta) UFERMS, correspondente a 5% (cinco por cento) do prejuízo causado ao erário, nos termos do art. 170, inciso II, do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela RN/TCE/MS nº 76/13;

IV - Pela **CONCESSÃO DO PRAZO** de 60 (sessenta) dias para o ressarcimento ao erário e para o recolhimento da multa ao FUNTC, nos termos do art. 83 da Lei Complementar 160/2012, devendo comprovar a restituição do valor impugnado e o pagamento da multa aplicada nos autos no mesmo período, sob pena de cobrança executiva judicial, nos termos do art. 77, parágrafo 4º da Constituição Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro Relator, declarando a irregularidade do procedimento licitatório realizado na modalidade Pregão Presencial nº 160/2013, da formalização e da execução financeira da Nota de Empenho nº 320/2014, extraída pela Secretaria Municipal de Saúde Pública de Campo Grande-MS em favor da empresa MS Diagnóstica Ltda., com a impugnação do valor e a aplicação de multa.

[5] Art. 172, § 1º, inciso IV, *"a.2"*, do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Presidência do Exmo. Sr. Jerson Domingos.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros José Ricardo Pereira Cabral e Jerson Domingos.

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

Campo Grande, 3 de maio de 2016.

Conselheiro **RONALDO CHADID**

Relator

GAB. ASP
SETAC. TST/HCLS