DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 11120/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/16109/2015
PROTOCOLO	: 1632866
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE RIO BRILHANTE
JURISDICIONADO	: SIDNEY FORONI
CARGO	: PREFEITO MUNICIPAL (1/1/2013 – 31/12/2016)
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 60/2014
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: PREGÃO PRESENCIAL N. 15/2014
CONTRATADA	: PADARIA E CONFEITARIA BRILHANTE LTDA -ME
OBJETO	: FORNECIMENTO PARCELADO E DIÁRIO DE PÃO TIPO FRANCÊS PARA ATENDIMENTO DAS UNIDADES ESCOLARES E ENTIDADES.
VALOR INICIAL	: R$ 63.264,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata do procedimento licitatório realizado pela Administração Municipal de Rio Brilhante, por meio **do Pregão Presencial n. 15/2014**, da formalização do **Contrato de Administrativo n. 60/2014,** do seu **Termo de Apostilamento** e dos **1º e 2º Termos Aditivos** ao contrato, celebrado entre o Município de Rio de Brilhante e a empresa Padaria e Confeitaria Brilhante Ltda. - ME, bem como da sua **execução orçamentária e financeira**, tendo como objeto a contratação de empresa especializada no fornecimento parcelado e diário de pão tipo francês, de segunda a sexta-feira, pelo período de 6 (seis) meses a partir da data da assinatura, para atender as unidades escolares e entidades.

Ao examinar os documentos dos autos, a Divisão de Fiscalização de Gestão de Educação (DFE) concluiu por meio da **Análise 4499/2020** (pç. 25, fls. 447-452) por reiterar a Análise 12400/2017 (pç. 17, fls. 417-426), exceto no tocante à ausência do ato de designação do pregoeiro que foi irregularidade sanada pelo jurisdicionado, concluindo da seguinte forma:

> *"(...) Isto posto, concluímos pela:*
>
> *1) **IRREGULARIDADE** da licitação na modalidade pregão presencial nº 15/2014 (1ª fase contratual), nos termos do artigo 59, inciso III da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012;*
>
> *2) **REGULARIDADE** do contrato nº 60/2014 (2ª fase contratual), com a ressalva acima citada, nos termos do artigo 59, inciso I da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012; e*
>
> *3) **REGULARIDADE COM RESSALVA** do termo aditivo nº 1 (3ª fase contratual), nos termos do artigo 59, inciso II da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012; e*
>
> *4) **IRREGULARIDADE** do termo aditivo nº 2 (3ª fase contratual), nos termos do artigo 59, inciso III da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012; e*

*5) **REGULARIDADE COM RESSALVA** da execução contratual (3ª fase contratual), nos termos do artigo 59, inciso II da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012"* (os destaques constam do texto original).

Na sequência, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o **Parecer 9532/2021** (pç. 26, fls. 453-455), opinando pelo seguinte julgamento:

> I – pela **irregularidade e ilegalidade** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial sob o nº 15/2014, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c com o inciso I, alínea "a", do artigo 120, da Resolução Normativa nº 76/2013, vigente à época;
>
> II – pela **irregularidade e ilegalidade** da formalização do Contrato nº 60/2014 e dos Termos Aditivos 1º e 2º, com fulcro no artigo 59, inciso III da Lei Complementar nº 160/2012, c/c art. 120, inciso II e § 4º da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013, vigente à época;
>
> III – pela **irregularidade e ilegalidade** da execução do contrato, nos termos do artigo 59, inciso III da Lei Complementar n° 160/2012 c/c artigo 120, inciso III, da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013, vigente à época;
>
> IV – pela **aplicação de multa**, por infração à norma legal e regulamentar aos responsáveis em razão do não cumprimento aos artigos 7º, § 2º, inciso III; 29, 55, inciso XIII e 71 e, por último, artigo 61, parágrafo único, todos da Lei nº 8.666/1993; aos artigos 3º, inciso IV e art. 4º, inciso VII, ambos da Lei nº 10.520/02; do não cumprimento do item 1.2.1., A, do Capítulo III, Seção I da Instrução Normativa nº 35/2011, vigente à época, com lastro no artigo 42, inciso II, IV e IX c/c artigo 44, I c/c art. 45, I, c/c art. 46, todos da Lei Complementar nº 160/2012; (os destaques constam do texto original).

É o Relatório.

DECISÃO

Inicialmente, consigno que foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao jurisdicionado Sidney Foroni (Prefeito Municipal à época), conforme se verifica das intimações expedidas às fls. 29-31 e 433, ao que compareceu nos autos, apresentando justificativas e documentos para compor a instrução processual (pç. 24, fls. 437-446).

Friso que anterior à manifestação do jurisdicionado, em razão da ausência de documento obrigatórios para compor a instrução processual, a então chefe da 1ª inspetoria sugeriu, ao conselheiro relator, a realização de inspeção *in loco* para buscar os documentos referentes ao procedimento licitatório realizado pelo município de Rio Brilhante, na modalidade Pregão Presencial n. 15/2014, conforme se verifica nos termos da solicitação de providência SOL – 1ICE – 67/2017 (pç. 13, fls. 40-41).

Assim, após a realização da inspeção *in loco* pela equipe de auditores, foram constatados os seguintes achados de auditoria (fls. 423-424):

a) Ausência de demonstração de dotação orçamentária existente e suficiente à execução do objeto licitado, em ofensa ao art. 7º, §2º, III da Lei (federal) n.

8.666, de 1993. Ressalta-se que, nos autos, consta apenas “declaração de existência de recursos orçamentários” (peça n. 16, fl. 54). Esta mera informação, sem nenhum registro extraído do sistema de contabilidade, orçamento e finanças sobre o montante disponível na categoria de programação e na natureza de despesa própria, não evidencia os recursos orçamentários disponíveis para as futuras contratações no âmbito desta licitação;

b) Ausência de ato de designação de pregoeiro e respectiva equipe de apoio, em desacordo com o art. 3º, IV da Lei n. 10.520, de 2002;
c) Edital não exigiu declaração de “cumprimento dos requisitos de habilitação” como condição à participação dos licitantes e ao julgamento da fase de habilitação, em desacordo com o art. 4º, VII da Lei (federal) n. 10.520, de 2002;
d) Ressalva-se a remessa intempestiva do instrumento de contrato, nos termos do capítulo III, Seção I, n. 1.2.1, letra “a” da IN TCE/MS n. 35/2011;
e) Ressalva-se a ausência de certidões de regularidade fiscal e trabalhista relativas aos termos aditivos n. 1 e 2, como condição à renovação do vínculo contratual e à alteração quantitativa, em ofensa ao arts. 29, 55, XIII e 71 da Lei n. 8.666, de 1993;
f) Ausência de publicação relativa ao termo aditivo n. 2, em ofensa ao art. 61, parágrafo único da Lei (federal) n. 8.666, de 1993;
g) Ausência das Certidões de Regularidade Fiscal e Trabalhista relativas aos 1º e 2º Termos Aditivos ao Contrato Administrativo n. 60/2014, como condição à execução contratual, em ofensa aos artigos 29 e 55, XIII e 71 da Lei (federal) n. 8.666, de 1993.

Em que pese o jurisdicionado tenha apresentado manifestação à intimação, somente a irregularidade no tocante ao ato de designação do pregoeiro foi sanada (fls. 442-443). Sendo assim, não houve comprovação ou justificativas capazes de solucionar as demais irregularidades anteriormente expostas.

Feita tais considerações, passo a decidir.

No que compete à ausência de demonstração de dotação orçamentária, com a devida vênia, não merece prosperar, pois consta nos autos a declaração da existência de recursos orçamentários, devidamente atestada pelo contador (pç. 16, fl. 54). Outrossim, restou demonstrado no Contrato Administrativo n. 60/2014 (pç. 2, fl. 14) especificamente no item 9, a saber: 02.05 – Secretaria Municipal de Educação, 02.05.12.361.0128.2.010.33.90.30.00.00.00.00.0115 – Material de Consumo – FNDE.

Posteriormente, no Termo de Apostila n. 6 ao Contrato Administrativo n. 60/2014 (pç. 16, fls. 237-239), consta a especificação sobre a supressão da dotação orçamentária anterior e acréscimo com a seguinte codificação: 02.05 – Secretaria Municipal de Educação, 02.05.12.361.0128.2.010.3.3.90.30.07.00.00.00.00.01.0000 – Material de Consumo – Aquisição de Merenda Escolar.

Posto isso, restou comprovada, conforme estabelece o art. 6º da Portaria Interministerial STN/SOF n. 163/2001, a discriminação da despesa quanto à sua natureza, categoria econômica, grupo de natureza de despesa e modalidade de aplicação em atendimento ao princípio da especificação (MCASP, 8ª ed., p. 99).

No que concerne à exigência de declaração de cumprimento dos requisitos de habilitação, como condição à participação dos licitantes e ao julgamento da fase de habilitação, no pregão, como são abertos os envelopes de proposta antes de verificar a habilitação das concorrentes, o legislador estabeleceu a obrigatoriedade em apresentar uma declaração formal, pelas interessadas em disputar o pregão ou por seus representantes, cientificando o cumprimento de todas as exigências de habilitação estabelecidas na licitação, de acordo com art. 4º, VII, da Lei n. 10.520, de 2002.

As propostas só devem ser abertas após verificada a regular apresentação de todas as pretendentes à disputa, inclusive daquelas que não comparecem à sessão e encaminharam os envelopes pelos Correios ou que os tenham protocolado antecipadamente.

No procedimento licitatório em apreço, observo que esse requisito não foi cumprido, porquanto é muito comum a abertura dos envelopes das empresas, sem que se verifique, antes, a declaração de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação, visto que essas empresas só encaminham os dois envelopes, proposta e habilitação.

Porém, ainda que esse requisito não tenha sido atendido, no presente caso tal fato não tem o condão de invalidar o certame. Isso porque, todos os requisitos de habilitação foram cumpridos conforme os documentos apresentados (pç. 16, fls. 44-416). Dessa forma, entendo pela ressalva do procedimento licitatório e recomendo que o jurisdicionado ou a quem vier sucedê-lo no cargo, que observe com maior rigor as exigências contidas na Lei n. 10.520, de 2002, notadamente no que compete à apresentação da declaração de "cumprimento dos requisitos de habilitação", em conformidade com o art. 4º, VII, da referida lei.

Dando prosseguimento à análise, verifico que os documentos atinentes ao Contrato Administrativo n. 60/2014 (pç. 2, fls. 8-16) encontram-se regulares, de acordo com a legislação aplicável das contratações públicas.

Com relação aos documentos do contrato, observo que foram remetidos intempestivamente a esta Corte de Contas (assinatura em 14/3/2014, publicação em 1/4/2014 e remessa em 22/9/2015), em desconformidade com a Instrução Normativa n. 35, de 2011, vigente à época dos fatos.

Em que pese tais documentos tenham sido encaminhados intempestivamente, considerando que a contratação em referência procedeu em consonância com a legislação de que orienta as contratações públicas e normas regimentais, sem qualquer prejuízo à Administração, entendo que, independentemente do tempo de remessa, a multa correspondente deve ser dispensada.

Com relação aos termos aditivos ao Contrato Administrativo n. 60/2014, inicialmente verifico que o Termo Aditivo n. 1 (pç. 16, fls. 245-247) teve por objeto prorrogar o prazo de vigência do contrato em mais de 100 (cem) dias, totalizando 282 (duzentos e oitenta e dois) dias de duração; e o Termo Aditivo n. 2 (pç. 16, fls. 259-262) teve como objeto o aditamento de valor em R$ 15.816,00 (quinze mil e oitocentos e

dezesseis reais), passando a integrar o valor total de R$ 79.080,00 (setenta e nove mil e oitenta reais).

No que diz respeito aos documentos dos dois termos aditivos, verifico a ausência das certidões de regularidade fiscal e trabalhista, infringindo as regras dos arts. 29, 55, XIII da Lei (federal) n. 8.666, de 1993. Frisa-se que tais documentos não devem ser exigidos somente na fase de habilitação, mas se faz necessária a comprovação da manutenção da regularidade contemplando todo o período contratual.

Assim, não há comprovação de que a empresa contratada estava em dia com suas obrigações, sendo que tal exigência é uma imposição legal, de acordo com o art. 55, XIII, da Lei n. 8.666, de 1993, que estabelece ser "*obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação*".

As exigências contidas na apresentação de tais certificados, com base na lei representam uma maneira de resguardar o erário de eventuais danos provenientes da responsabilização solidária ou subsidiária.

Noutro poente, verifico a ausência de publicação na imprensa oficial do extrato do Termo Aditivo n. 2, em contrariedade com o disposto no art. 61, parágrafo único, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, *in verbis:*

> Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.
>
> Parágrafo único. **A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia,** será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei (grifo nosso).

Essa regra gera efeitos para além da publicação, uma vez que ao impor essa formalidade, cria-se condição para eficácia do negócio jurídico. O plano de eficácia, de acordo com Marcos Bernardes de Mello (Teoria do Fato Jurídico, 2007, p. 101) é a *parte do mundo jurídico onde os fatos jurídicos produzem efeitos.* Portanto, o fato jurídico precisa reunir condições necessárias para passar pelo plano da eficácia. Do contrário, ele poderá até existir e ser válido, mas não gerará efeitos no mundo jurídico.

Em que pese oportunizado prazo para o jurisdicionado sanar tal irregularidade apresentando a publicação do extrato do Termo Aditivo n. 2, mesmo que de forma extemporânea, observo que assim não se procedeu. Em decorrência disso, concluo pela intempestividade da remessa, uma vez que restou prejudicada a contagem de prazo pela ausência de publicação do extrato do contrato do Termo Aditivo n. 2 (Capítulo III, Seção I, item 1.2.2, letra "A", da Instrução Normativa n. 35, de 2011, vigente à época).

Logo, entendo pela irregularidade da formalização do Termo Aditivo n. 1 ao Contrato Administrativo n. 60/2014, em desconformidade com os arts. 29, 55, XIII da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e do Termo Aditivo n. 2 por infringir os artigos 29, 55, XIII, 61, § único, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e o disposto no Capítulo III, Seção I, item 1.2.2, letra "A", da Instrução Normativa n. 35, de 2011 (vigente à época).

No que tange à execução orçamentária e financeira, observo a partir da documentação acostada nos autos e das informações prestadas pela equipe técnica (pç. 25, fl. 449), que se apresenta da seguinte forma:

Resumo Total da Execução

VALOR DO CONTRATO (CT)	R$ 63.264,00
VALOR TOTAL DOS TERMOS ADITIVOS (T.A)	R$ 15.816,00
VALOR TOTAL DA CONTRATAÇÃO (CT + T.A)	**R$ 79.080,00**
VALOR EMPENHADO (NE)	R$ 79.080,00
VALOR DOS EMPENHOS ANULADOS (ANE)	R$ (- 0,00)
VALOR TOTAL/VALOR EMPENHADO (NE- ANE)	**R$ 79.080,00**
VALOR TOTAL LIQUIDADO (NF)	**R$ 79.080,00**
VALOR TOTAL PAGO (OP)	**R$ 79.080,00**

Da demonstração da execução acima, observo que a Administração Municipal contratou no valor de R$ 63.264,00, aditivou o valor de R$ 15.816,00 e empenhou no valor de R$ 79.080,00. Assim, averiguo a harmonia entre os valores dos documentos da despesa (Notas de empenho, Notas Fiscais e Ordens de Pagamento – R$ 79.080,00), de acordo com as normas da Lei Federal n. 4.320, de 1964.

Outrossim, consta nos autos o Termo de Encerramento (pç. 16, fl. 416), firmado em 30/1/2015, comprovando a execução de seu objeto, conforme dispõe o Capítulo III, Seção I, item 1.3.1, letra "B", subitem 7, da Instrução Normativa n. 35, de 2011 (vigente à época).

Diante do exposto, acompanho em parte os entendimentos da Divisão de Fiscalização de Gestão de Educação (DFE) e do Ministério Público de Contas (MPC), e **decido** nos termos de:

I- declarar, com fundamento na regra do art. 59, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de janeiro de 2012, **a regularidade com ressalva**, que resulta na recomendação inscrita no inciso **V** desta Decisão, do procedimento licitatório, realizado pela Administração Municipal de Rio Brilhante, por meio do **Pregão Presencial n. 15/2014**;

II – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de janeiro de 2012, **a regularidade da formalização do Contrato de Administrativo n. 60/2014**, celebrado entre o Município de Rio Brilhante e a empresa Padaria e Confeitaria Brilhante Ltda. – ME, bem como da sua **execução orçamentária e financeira**;

III – declarar, com fundamento no art. 59, III da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, **a irregularidade:**

a) da formalização do Termo Aditivo n. 1 ao Contrato Administrativo n. 60/2014, em face da ausência dos certificados de habilitação fiscal e trabalhista, com infringência aos arts. 29, 55, XIII, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993;

b) da formalização do Termo Aditivo n. 2 ao Contrato Administrativo n. 60/2014, em face da ausência dos certificados de habilitação fiscal e trabalhista, com infringência aos arts. 29, 55, XIII da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, **e** da ausência da publicação do extrato do termo aditivo em imprensa oficial, contrariando o art. 61, § único, da Lei (federal) n. 8.666, de 1993, e o disposto no Capítulo III, seção I, n. 1.2.2, letra "A", da IN/TC/MS n. 35/2011;

IV- recomendar, com fundamento na regra do art. 59, § 1°, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, ao atual gestor ou a quem vier sucedê-lo no cargo, que observe com maior rigor as exigências contidas na Lei n. 10.520, de 2002, notadamente no que compete à apresentação da declaração de "cumprimento dos requisitos de habilitação", em conformidade com o art. 4º, VII, da referida lei;

V – aplicar multas ao Sr. Sidney Foroni, Prefeito Municipal de Rio Brilhante, pelos motivos e nos valores equivalentes a seguir:

a) 50 (cinquenta) UFERMS pelas infrações descritas nos termos dispositivos do inciso III, "**a**" e "**b**", com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput*, IV e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

b) 30 (trinta) UFERMS pela remessa intempestiva, a este Tribunal, dos documentos referentes ao Termo Aditivo n. 2 ao Contrato Administrativo n. 60/2014, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, caput e inciso IX, 44, I, e 46 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

VI - fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague os valores das multas que lhe foram infligidas e assinalar que os pagamentos deverão ser feitos em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018);

VII – intimar os interessados acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 2018).

É a Decisão.

Campo Grande/MS, 05 de novembro de 2021.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

MCL