Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Segunda Câmara

ACÓRDÃO - AC02 - 32/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/7856/2017
PROTOCOLO	**:** 1810969
TIPO DE PROCESSO	**:** LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DE ANGÉLICA
JURISDICIONADO	**:** LUIZ ANTONIO MILHORANÇA
INTERESSADO	**:** C LEMOS - DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI
VALOR	**:** R$ 76.110,55
RELATOR	**:** CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – FORNECIMENTO DE MATERIAL DE CONSUMO ODONTOLÓGICO – AMOSTRAS – INÍCIO DO CERTAME – RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONTAMINAÇÃO – IRREGULARIDADE – MULTA – EXECUÇÃO FINANCEIRA – REGULARIDADE – REMESSA INTEMPESTIVA DOS DOCUMENTOS – RECOMENDAÇÃO.

1. A solicitação no certame de apresentação de amostras no início da licitação, antes mesmo de receber os envelopes de propostas e habilitação, demonstra restrição ao caráter competitivo, em afronta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, e resulta a declaração de irregularidade do procedimento licitatório, assim como da formalização do contrato administrativo dele decorrente, por contaminação do vício da primeira fase, o qual atrai também a aplicação de multa ao responsável somente quanto a ele, em respeito ao Princípio do *no bis in idem,* recomendando ao atual gestor para que nas futuras contratações não incorra na mesma impropriedade.

2. O exame da 3º fase é juridicamente independente das que a precederam, devendo ser considerado o exame quanto à legalidade dos atos de execução do objeto do contrato; os quais, uma vez corretamente comprovados, são declarados regulares.

3. Constatado o atraso na remessa de documentos, que não trouxe qualquer prejuízo, é cabível a recomendação ao atual responsável para que observe, com maior rigor, os prazos para remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, realizada de 22 a 25 de fevereiro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **irregularidade** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 49/2016 e da formalização do Contrato Administrativo nº 350/2016, celebrado entre o Município de Angélica, por meio do

Fundo Municipal de Saúde, e a empresa C Lemos Distribuidora Hospitalar Eireli, pela **regularidade** da execução financeira do Contrato Administrativo nº 350/2016 celebrado Município de Angélica, por meio do Fundo Municipal de Saúde, e a empresa C Lemos Distribuidora Hospitalar Eireli**,** haja vista que os atos praticados atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, pela **aplicação de multa** no valor correspondente a **30 (trinta) UFERMS,** sob a responsabilidade do Sr. **Luiz Antônio Milhorança**, por visível afronta ao art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, atraindo a incidência do art. 21, X, 42, IX, 44, I, art. 45, I, 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012, pela concessão de prazo de **45 (quarenta e cinco)** dias úteis para que o responsável nominado no item "III" supra, efetue o recolhimento da multa em favor do FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, sob pena de cobrança executiva, e pela **recomendação** ao atual responsável para que tenha maior zelo ao tratar das futuras contratações, para que não incorra nas impropriedades anteriormente citadas nas prestações de contas vindouras e que observe, com maior rigor, os prazos para remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas.

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2021.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Cuida-se do exame da contratação pública realizada pelo procedimento licitatório na modalidade de **Pregão Presencial nº 49/2016** que originou o **Contrato Administrativo nº 350/2016,** celebrado entre o **Município de Angélica** pelo **Fundo Municipal de Saúde** e a empresa **C Lemos - Distribuidora Hospitalar Eireli,** com o valor de R$ 76.110,55 (setenta e seis mil, cento e dez reais e cinquenta e cinco centavos).

O objeto do procedimento licitatório é a contratação de empresa especializada para fornecimento de material de consumo odontológico, em atendimento ao Fundo Municipal de Saúde.

Apreciam-se nestes autos a regularidade da contratação pública direta iniciada pelo Pregão Presencial nº 49/2016, a formalização do Contrato Administrativo nº 350/2016 e a Execução Financeira do Contrato (1ª, 2ª e 3ª fases).

A 2ª Inspetoria de Controle Externo, a princípio, por meio da análise **ANA - 2ICE - 6196/2018,** manifestou pela irregularidade do procedimento licitatório em razão da violação do princípio da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para Administração Pública, contrariando o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e, por consequência, a irregularidade da formalização contratual em virtude do contrato embora regular, encontrar-se amparado em procedimento licitatório irregular, contaminando os atos subsequentes, bem como pela irregularidade da execução financeira em função das falhas dos atos pregressos.

O Ministério Público de Contas, acompanhando o entendimento da 2ICE opinou pela irregularidade do procedimento licitatório, da formalização do contrato e da execução financeira.

À vista disso, o Conselheiro Relator à época, nos termos regimentais, oportunizou aos Gestores o pleno exercício da ampla defesa para que, querendo apresentassem defesa sobre os pontos levantados no curso da instrução processual, conforme despacho **DSP - G.ICN - 35289/2018** (fls.381-382).

O ordenador de despesas antecedente, Sr. Luiz Antônio Milhorança, apresentou resposta à intimação às fls. 390-393, na ânsia de legitimar a contratação pública.

A Divisão de Fiscalização de Saúde, em reexame dos autos pela análise **ANA - DFS - 5567/2020**, concluiu pela irregularidade do procedimento licitatório e da formalização do contrato administrativo e pela regularidade da execução financeira.

Já o MPC, ratificou integralmente seu parecer anterior por meio do **PAR - 4ª PRC - 6411/2020**, opinando pela irregularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual assim como da execução financeira, ademais pela aplicação

de multa ao gestor devido à remessa intempestiva dos documentos a este Tribunal de Contas.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Constata-se que foram observadas as disposições regimentais, passando ao exame do mérito, que recai sobre o Procedimento Licitatório na modalidade pregão presencial, formalização do contrato e execução financeira, conforme consta no art. 59, I e III da Lei Complementar nº 160/2012 c/c art. 120, I, alínea "a", II e III do RITC/MS, Resolução nº 76/2013, vigentes à época do encaminhamento.

Extrai-se do feito, que a Divisão de Fiscalização de Saúde manifestou pela **irregularidade** do procedimento licitatório e da formalização do contrato, e pela **regularidade** da execução financeira, já o Ministério Público de Contas, opinou pela **irregularidade** das 1ª, 2ª e 3ª fases.

Compulsando os autos, vejo que assiste razão à Divisão de Fiscalização de Saúde, por isso, a seguir avaliemos.

Inicialmente, observamos que houve visível afronta ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93[1], já que restou comprovado nos autos que o gestor, quando da divulgação da licitação, solicitou (conforme preâmbulo do edital, fl. 64) que fossem apresentadas as amostras no início da licitação, **antes mesmo de receber os envelopes de propostas e habilitação.**

Marçal Justen Filho[2] defende que na licitação realizada na modalidade pregão, tanto na presencial quanto na eletrônica, as amostras devem ser exigidas tão

[1] **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.
§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;(grifo nosso)

[2] Marçal Justen Filho in Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico, 2ª ed., Dialética, São Paulo, 2003, p. 116

somente do primeiro colocado, veja:

> "Se for o caso de apresentação de amostras, afigura-se evidente o descabimento de impor-se a exigência em relação a todos os licitantes. A única alternativa será determinar que o licitante cuja oferta sagrar-se vencedora deverá apresentar a amostra antes da assinatura do contrato. Ou seja, os licitantes terão conhecimento de que, se saírem vencedores do certame, terão de encaminhar imediatamente a amostra do objeto ofertado"

Nesse sentido o jurista Renato Geraldo Mendes[3] também se posiciona:

> "A finalidade da amostra é permitir que a Administração, **no julgamento da proposta,** possa se certificar de que o bem proposto pelo licitante atende a todas as condições e especificações técnicas indicadas na sua descrição, tal como constante no edital. Com a amostra, pretende-se reduzir riscos e possibilitar a quem julga a certeza de que o objeto proposto atenderá à necessidade da Administração."

Importante destacar que, a exceção é que administração solicite amostra, dessa forma a regra é adquirir o objeto sem a análise física.

Nesta senda o Tribunal de Contas da União já estabeleceu que a exigência de amostra apenas fosse efetuada ao licitante provisoriamente primeiro classificado, na fase de classificação; nunca a todos os licitantes. (ACÓRDÃO Nº 2368/2013 – TCU – Plenário). Buscando por tanto, não onerar injustamente os demais participantes do certame, além de assegurar a celeridade do procedimento.

Resta claro, portanto, o descumprimento ao princípio do caráter competitivo da licitação.

Conforme se depreende dos autos, o representante do Ministério Público de Contas concluiu quanto à irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório, da formalização do contrato e da prestação de contas da execução financeira, interpretando que a irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório contamina toda a contratação e os demais atos subsequentes, motivo pelo qual devem ser consideradas irregulares todas as fases sequentes à 1ª.

Em parte, especificadamente quanto ao procedimento licitatório e a formalização contratual, assiste razão ao Ministério Público.

Por certo, ante ao que determina o § 2º do art. 49 da Lei 8.666/93, não há como desconsiderar a contaminação do contrato administrativo decorrente de um procedimento licitatório realizado por atos irregulares.

Corporificando o entendimento de contaminação do vício da licitação ao contrato, torna-se conveniente colacionar os ensinamentos de Marçal Justen Filho[4],

---

[3] MENDES, Renato Geraldo. O processo de contratação pública: fases, etapas e atos. Curitiba: Zênite, 2012. p. 171.

[4] JUSTEN, Marçal Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética. 15ª Ed.Ano: 2012.

que afirma, ao comentar o artigo 49 da Lei 8.666/93, que:

> "(...) há vínculo lógico-jurídico entre a licitação e o contrato. Portanto, a tardia revelação do vício da licitação produz reflexos sobre o contrato já firmado. A proclamação do vício em momento posterior à assinatura do contrato não impede o desfazimento deste último. (...)".

À vista disso, a formalização contratual, deve ser considerada irregular, pois é diretamente atingida por eventual irregularidade no procedimento licitatório.

Todavia, em respeito ao Princípio do *no bis in idem*, deixo de aplicar multa pela irregularidade na formalização contratual, porquanto a ilegalidade no procedimento licitatório já resultará na penalidade em desfavor do ordenador de despesas.

Esclarece-se que tal inobservância da legislação não deve macular todo o processo de inexigibilidade de licitação, sobretudo quanto à execução financeira, a qual será objeto de análise em seguida.

Conforme estabelecido no artigo 120, inciso III[5], do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, o exame e julgamento da matéria por esta Corte se dá quanto à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato.

Cumpre ressaltar que o § 1º do supradito artigo 120 determina que "os julgamentos das matérias nos âmbitos da primeira, segunda e terceira fases são juridicamente distintos", sendo este motivo que impõe, normativamente, a separação do julgamento a ser realizada por esta Egrégia Corte de Contas.

Incumbe ainda destacar que a aprovação da 3ª fase da contratação pública não tem capacidade de desconstituir o julgamento das fases precedentes, o que reforça vislumbrar a distinção das fases da contratação.

Portanto, com a devida vênia, deixo de acolher o parecer do Procurador de Contas e julgo no sentido de declarar regular a execução financeira da contratação pública, conforme resumo gráfico abaixo demonstrado:

Resumo Total da Execução (R$)	
Valor Contratual Inicial e Final	R$ 76.110,55
Nota de Empenho	R$ 76.110,55
Ordem de Pagamento	R$ 76.110,55
Nota Fiscal	**R$ 76.110,55**

Em relação à remessa de documentos necessários ao exame da contratação em comento, no que diz respeito à **1ª e 2ª fase,** avaliamos que não está em

[5] Art. 120. O controle externo dos atos de contratação pública e de execução do objeto do contrato será exercido, pelo Tribunal, nos âmbitos das seguintes fases: (...)III - terceira fase, na qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato, especialmente quanto:

conformidade com a Resolução-TCE-MS Nº 54/2016:

Prazo da Remessa	**19/02/2017**
Remessa	**04/04/2017**
Situação	**intempestivo**

Da mesma forma o envio da documentação referente ao exame da **execução financeira**:

Prazo da Remessa	**08/02/2017**
Remessa	**01/06/2017**
Situação	**intempestivo**

Sobretudo, constatamos que apesar da intempestividade, não trouxe qualquer prejuízo ao erário, constituindo impropriedade de natureza meramente formal, ressaltando que o atraso nos dois casos, foi inferior a 06 meses.

DISPOSITIVO

Pelo exposto, acolho o entendimento da Divisão de Fiscalização de Saúde, e **DECIDO:**

I – pela **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial nº 49/2016 e da formalização do Contrato Administrativo nº 350/2016, celebrado entre o **Município de Angélica**, CNPJ nº 03.747.649/0001-69, por meio do **Fundo Municipal de Saúde**, CNPJ nº 11.343.940/0001-08, e a empresa **C LEMOS DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI**, CNPJ nº 16.752.682/0001-29, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012;

II – pela **REGULARIDADE** da execução financeira do Contrato Administrativo nº 350/2016 celebrado **Município de Angélica,** CNPJ nº 03.747.649/0001-69, por meio do **Fundo Municipal de Saúde,** CNPJ nº 11.343.940/0001-08, e a empresa **C LEMOS DISTRIBUIDORA HOSPITALAR EIRELI,** CNPJ nº 16.752.682/0001-29, haja vista que os atos praticados atenderam as disposições legais aplicáveis à espécie, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar nº 160/2012;

III – pela **APLICAÇÃO DE MULTA** no valor correspondente a **30 (trinta) UFERMS,** sob a responsabilidade de Luiz Antônio Milhorança, ex-prefeito do Município de Angélica/MS, CPF nº 280.216.731-68, por visível afronta ao art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/93, atraindo a incidência do art. 21, X, 42, IX, 44, I, art. 45, I, 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012;

IV – pela **RECOMENDAÇÃO** ao atual responsável para que tenha maior zelo ao tratar das futuras contratações, para que não incorra nas impropriedades anteriormente citadas nas prestações de contas vindouras e que observe, com maior

rigor, os prazos para remessa de documentos obrigatórios a esta Corte de Contas nos termos art. 59, § 1º, II, da Lei Complementar nº 160/2012;

V – pela **CONCESSÃO DE PRAZO DE 45 (quarenta e cinco)** dias úteis para que o responsável nominado no item "III" supra, efetue o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, e, no mesmo prazo, faça a comprovação nos autos, conforme estabelecido pelo art. 83 da Lei Complementar nº 160/2012, sob pena de cobrança executiva, nos moldes do art. 78 da mesma Lei Orgânica;

VI – pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos interessados, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório e da formalização do contrato administrativo, a regularidade da execução financeira, com aplicação de multa ao responsável e recomendação ao atual gestor.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Relator o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid e Marcio Campos Monteiro.

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

Campo Grande, 25 de fevereiro de 2021.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

NCB / VAB/DSSM