Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 115/2016

PROCESSO TC/MS	**:** TC/15480/2013
PROTOCOLO	**:** 1371486
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	**:** AGÊNCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO - AGEPEN
RECORRENTE	**:** DEUSDETE SOUZA DE OLIVEIRA FILHO
RELATOR	**:** CONS. JERSON DOMINGOS

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE - CONHECIMENTO - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - FORMALIZACÃO CONTRATUAL - IRREGULARIDADE - MULTA – RAZÕES RECURSAIS – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE – AUSENCIA DE RESPONSABILIDADE – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – AUSÊNCIA DE VÍCIO - RECURSO PROVIDO.

Merece provimento o recurso em que se demonstra a ausência de responsabilidade do recorrente por não possuir autonomia para conduzir a licitação *sub judice*, como também, no qual se verifica a regularidade do edital da licitação que prevê que a empresa vencedora do certame obtenha alvará sanitário junto à prefeitura municipal, meramente para poder executar suas atividades e obras conforme minuta contratual, devendo, por consequência, ser excluída a multa aplicada.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 24 de fevereiro de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator em reformar a Decisão Simples n° DS01- SECSES – 0675/2011, para o fim de declarar regular e legal a formalização contratual em exame, bem como excluir a multa aplicada ao Sr. Deusdete Souza de Oliveira Filho.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2016.

Conselheiro **Jerson Domingos** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos - Relator

Trata o presente processo de RECURSO ORDINÁRIO interposto pelo Sr. Deusdete Souza de Oliveira Filho, ex- Diretor Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul – AGEPEN-MS, protocolado nesta Corte de Contas em 27/08/2012.

A irresignação do recorrente se dá em face da Decisão Simples da 1ª Câmara nº DS01- SECSES – 0675/2011, proferido no Processo TC/MS nº 4904/2010 referente ao contrato administrativo nº 08/2010 firmado entre a Agência estadual de Administração do Sistema penitenciário de Mato Grosso do Sul – AGEPEN-MS e a empresa Maria Natália de Souza Alves, cujo objeto é a contratação de empresa especializada no preparo e fornecimento de alimentação para presos reclusos no Centro Penal Agroindustrial Gameleira/Estrada da Gameleira, Rodovia MS-455. Saída para Sidrolândia/BR 262-KM 02/ Saída para Terenos – Núcleo Industrial – Campo Grande-MS, que declarou o seguinte:

> "1) - declarar irregular e ilegal o Procedimento Licitatório e, a Formalização Contratual, nos termos do artigo 311, inciso I, c/c o artigo 312, inciso II, primeira parte, ambos do Regimento Interno; 2) - aplicar multa regimental no valor de 50 (cinqüenta) UFERMS, ao Ordenador de Despesas, Senhor Deusdete Souza de Oliveira Filho, por grave infração à norma legal, com fincas no artigo 197, inciso II, do Regimento Interno c/c o artigo 53, inciso II, da Lei Complementar n. 048/90; 3) - conceder o prazo regimental, para que se comprove o recolhimento da multa imposta ao Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul - FUNTC, sob pena de execução; 4) - determinar a remessa dos autos à Inspetoria Competente para acompanhamento e verificação da segunda fase da contratação, com vistas a apurar os atos praticados no decorrer da execução financeira; 5) - pela recomendação aos responsáveis, por maior rigor na observância das normas legais, bem como no envio de peças obrigatórias a esta Corte de Contas, para que não ocorram falhas dessa mesma natureza; 6) - comunicar o resultado do julgamento às Autoridades Administrativas competentes, com base no artigo 83 da Lei Complementar n. 048/90."

O recorrente, inconformado com os termos da Decisão acima mencionada, encaminha seu Recurso Ordinário (peça 1), acompanhado de justificativas e documentos a fim de que sejam sanadas as irregularidades apontadas na Análise Conclusiva nº 199/2011 acostada nos autos TC nº 4904/2010.

Após os devidos tramites regimentais, os autos foram encaminhados para apreciação do corpo técnico da 3ª Inspetoria de Controle Externo (peça 8) que analisou a peça recursal e reconheceu a procedência dos argumentos do recorrente, entendendo que:

> "Preliminarmente, o recorrente aduz a sua Ilegitimidade Ad Causam, asseverando que não possui autonomia para conduzir licitação, seja em qual modalidade, razão pela qual não pode ser responsável pelas penalidades outrora impostas, a saber: Após os trâmites iniciais, sendo da AGEPEN a competência de indicar e provocar a abertura do procedimento licitatório (art. 6° do Decreto 11.676/04), a Superintendência de Licitação/SAD-MS autorizou a instauração deste processo, conforme determina o art. 8° do Decreto Estadual n° 12.105/2006, que preceitua que todas as aquisições de materiais, bens e serviços, por meio do Sistema de Registro de Preços, e as aberturas de licitação de interesse de órgãos e entidades do Poder Executivo serão autorizadas, previamente pelo Secretário de Estado de Gestão Pública, mediante comprovação da disponibilidade de cota financeira para pagamento da despesa. (...)
>
> **Sendo assim, entendemos que o recorrente não é responsável direto, devendo recair sanções decorrentes de irregularidades no procedimento em comento, na Superintendência de Compras e Suprimento da Secretaria de Estado de Gestão Pública – SAD.**

Continua sua manifestação acerca da impugnação do edital, *in verbis*:

> "No que tange a irregularidade e a ilegalidade do Procedimento Licitatório, em razão do ato impugnatório da empresa NICOLAS BARREIRA GONZALEZ e PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA acerca do Item 4.2.2 do Edital 9(...) Em verdade, conforme bem elucidado pelo recorrente, "em momento algum o EDITAL DE LICITAÇÃO descreve alguma restrição no que tange a participação SOMENTE COM SEDE E ALVARÁ SANITÁRIO DESTA CAPITAL e si que a empresa vencedora do certame em análise OBTENHA ALVARÁ SANITÁRIO DESTA CAPITAL, junto a Prefeitura Municipal, meramente para poder executar suas atividades e obras conforme minuta contratual, e não para restringir a participação de empresas de outros municípios ou unidades da federação. Por derradeiro, tal exigência tem amparo legal pela ANVISA e pelos Artigos 1º e 2º do Decreto Lei nº 986/69, promovendo a segurança alimentar, a produção, preparação, higiene, distribuição, armazenamento e comercialização dos alimentos com segurança, dispositivo legal que fundamenta/justifica a exigência em discussão.".

Entendeu, portanto a Equipe Técnica 3ª Inspetoria de Controle Externo, que as razões apresentadas pelo recorrente foram capazes de sanar as irregularidades apontadas na Análise Conclusiva nº 00199/2011.

O Ministério Público de Contas (peça 12), seguiu o mesmo entendimento a 3ª ICE, concordando com os argumentos recursais e sugeriu o conhecimento e provimento do pleito com a consequente modificação da Decisão que resultou as irregularidades apontadas acima.

Este é o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos – Relator

Após analisar os documentos que compõem os autos, o recorrente demonstrou no presente recurso a sua ilegitimidade Ad causam, asseverando que não possui autonomia para conduzir a licitação, seja em qual modalidade, razão pela qual não pode ser responsabilizado pelas penalidades impostas na Decisão nº 675/2011, visto que após os trâmites iniciais, sendo da AGEPEN, a competência de indicar e provocar a abertura do procedimento licitatório (art. 6º do Decreto 11.676/04), a Superintendência de Licitação/SAD-MS autorizou a instauração deste processo conforme determina o art. 8º do Decreto Estadual nº 12.105/2006, que preceitua todas as aquisições de materiais, bens e serviços, por meio do sistema de registro de preços, e as aberturas de licitação de interesse de órgãos e entidades do Poder Executivo serão autorizadas, previamente pelo Secretário de Estado de Gestão Pública, mediante comprovação da disponibilidade de cota financeira para pagamento de despesa.

Sendo assim, entende-se que o recorrente não é o responsável direto, devendo recair sanções decorrentes de irregularidades apontadas na referida decisão.

No que tange a irregularidade e a ilegalidade do procedimento licitatório, em razão do ato impugnatório acerca do item 4.2.2 do edital onde os impugnantes aduziram em síntese que a exigência de alvará da vigilância sanitária contida no referido subitem, restringiu a participação de todos, afetando a competitividade de potenciais concorrentes.

Por sua vez, a insurgência do recorrente é pertinente e merece provimento, pois, segundo suas justificativas em momento algum o edital de licitação descreve alguma restrição no que tange a participação de empresa somente com sede e alvará sanitário desta capital e sim que a empresa vencedora do certame em análise obtenha alvará sanitário desta capital, junto à prefeitura municipal, meramente para poder executar suas atividades e obras conforme minuta contratual, e não para restringir a participação de empresas de outros municípios ou unidades da federação.

E como bem lembrado por Marçal Justen Filho, deve-se ter em vista a impossibilidade de avaliar, de modo abstrato e em condições hipotéticas, a validade de qualquer cláusula discriminatória adotada em uma licitação. Conforme o mestre, é imperioso examinar o objeto concreto da licitação e identificar as suas características, em face das quais tornar-se-á possível identificar se a discriminação é pertinente e relevante para selecionar a proposta mais vantajosa (*in Comentários a lei de licitações e contratos administrativos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008. pág. 81*)

A partir daí, me vejo em condição de seguir a indicação dos pareceres da Equipe Técnica da 3ª Inspetoria de Controle Externo bem como o parecer do Ministério público de Contas, pelo simples fato de que a irregularidades existentes no processo, foram sanadas com as justificativas apontadas pelo recorrente.

DISPOSITIVO

Posto isto, e por tudo que consta dos presentes autos, com fundamento no art. 69 e seu parágrafo único da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012, VOTO:

1 - Pelo **CONHECIMENTO e PROVIMENTO** do Recurso Ordinário interposto pela Sr. **Deusdete Souza de Oliveira Filho**, ex-diretor da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário- AGEPEN/MS para o fim de reformar a convicção e o comando dos termos da Decisão Simples da 1ª Câmara nº DS01-SECSES – 0675/2011, passando considerar **REGULAR E LEGAL** o Procedimento Licitatório e formalização contratual a que se refere o presente feito, bem como cancelar a penalidade aplicada ao recorrente e;

2 - Pela **INTIMAÇÃO** do resultado do julgamento aos interessados, nos termos do art. 50, I, da Lei Complementar nº 160, de 2 de janeiro de 2012 c/c art. 99 da Resolução Normativa TC/MS n. 76, de 11 de dezembro de 2013.

É o voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro relator em declarar regular e legal o Procedimento Licitatório e formalização contratual, bem como excluir a multa aplicada.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Iran Coelho das Neves, Ronaldo Chadid e Osmar Domingues Jeronymo.

Presente o Exmo. Sr. José Aêdo Camilo Procurador Geral de Contas.

Campo Grande, 24 de fevereiro de 2016.

Conselheiro **JERSON DOMINGOS**

Relator

GAB. ACBO
SETAC. VAB/ARP