Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Segunda Câmara

ACÓRDÃO - AC02 - 69/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/6973/2019
PROTOCOLO	: 1983579
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMETO LICITATÓRIO
ÓRGÃO	: FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA E DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO DE IGUATEMI
JURISDICIONADA	: PATRICIA DERENUSSON NELLI MARGATTO NUNES
VALOR	: R$ 80.000,00
RELATOR	: CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS – RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE – PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO E NÃO CONDIZ COM A NATUREZA DOS OBJETOS A SEREM ADQUIRIDOS – EXIGÊNCIA DE ESTRUTURA FÍSICA LOCAL DE FORMA INDEVIDA PARA OS LICITANTES SEDIADOS FORA DO MUNICÍPIO – DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO – FALTA DE OBSERVAÇÃO NA ÍNTEGRA DOS BENEFÍCIOS LEGAIS ATINENTES ÀS MICROEMPRESAS E PEQUENAS DE PEQUENO PORTE ACEITAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO EM DESCONFORMIDADE COM O EDITAL – INFRAÇÃO À NORMA LEGAL – IRREGULARIDADE – INTEMPESTIVIDADE NA REMESSA – MULTAS.

1. O art. 48, I, da Lei 123/2006 traz norma clara e expressa ao exigir a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), salvo justificativa formal do gestor na forma do art. 49 da mesma Lei.

2. É declarada a irregularidade do procedimento licitatório realizado na modalidade pregão presencial em razão de exigências que restringiram a competitividade do certame, da aceitação de documentação em desconformidade com o edital, além da afronta à exigência imposta pela Lei 123/2006, que atrai a aplicação de multa ao responsável, por infração à norma legal, com base nos artigos art. 21, X, 42, I e IX, 44, I, c/c art. 45, I, e 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012.

3. A remessa intempestiva de documentos também sujeita o responsável à sanção de multa, com base nos artigos 21, X, 42, II, 44, I, e 46, *caput*, todos da Lei Complementar nº 160/2012.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 2ª Sessão Ordinária Virtual da Segunda Câmara, realizada de 7 a 10 de março de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela declaração de **irregularidade** do procedimento licitatório realizado na modalidade

pregão presencial n.º 98/2018 (1ª fase), em razão de exigências que restringiram a competitividade do certame, a aceitação de documentação em desconformidade com o edital, além afronta a exigência imposta pela Lei 123/2006, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c art. 121, I, "a" do RITCE/MS; pela aplicação de **multa** no valor de **50 UFERMS** à jurisdicionada, Sra. **Patricia Derenusson Nelli Margatto Nunes**, por infração à norma legal, com base nos artigos art. 21, X, 42, I e IX, 44, I, c/c art. 45, I, e 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012; pela aplicação de **multa** equivalente ao valor de **5 (cinco) UFERMS**, à Sra. **Patricia Derenusson Nelli Margatto Nunes**, pela remessa intempestiva, com base nos artigos 21, X, 42, II, 44, I, e 46, *caput*, todos da Lei Complementar nº 160/2012; e pela concessão de prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável efetue o recolhimento da multa em favor do FUNTC, e, no mesmo prazo, faça sua comprovação nos autos, conforme o estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012.

Campo Grande, 10 de março de 2022.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Versam os presentes autos sobre o Pregão Presencial nº 98/2018, realizado pelo Município de Iguatemi, objetivando aquisição de gêneros alimentícios para compor a alimentação escolar.

Nessa fase processual objetiva-se analisar apenas o procedimento licitatório, ou seja, a 1ª fase.

Por meio da Análise ANA – DFE – 6355/2020 (peça 16), a divisão competente manifestou-se pela irregularidade e ilegalidade do pregão presencial n.º 98/2018, além de apontar a remessa intempestiva para análise dessa Corte de Contas.

A análise se fundou essencialmente na existência de cláusulas no edital aptas a restringir indevidamente a concorrência, além da apresentação de documentos de habilitação em desconformidade com o edital e não ter sido observado a íntegra dos benefícios legais atinentes às microempresas e pequenas de pequeno porte.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas, que, por meio do Parecer PAR – 2ª PRC – 9998/2021 (peça 26) e posteriormente através do Parecer PAR – 2ª PRC – 12750/2021 (peça 40), opinou pela irregularidade e ilegalidade do procedimento licitatório, pugnando pela aplicação de multa, além de recomendação ao administrador público.

O jurisdicionado foi intimado para se manifestar acerca das irregularidades apontadas, não tendo comparecido aos autos para apresentação de justificativas.

Vieram os autos a esta Relatoria, para Voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme consta dos autos, o presente julgamento recai sobre o procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial (1ª fase), que objetivou a aquisição gêneros alimentícios para compor a alimentação escolar.

O procedimento licitatório não guarda conformidade com as exigências legais preconizadas para os instrumentos da espécie, em especial na Lei Federal n.º 8.666/93 e a Lei complementar 123/2006, e não foi encaminhado tempestivamente a esta Corte de Contas, conforme disciplina a Resolução n.º 88/2018.

Extrai-se dos autos que tanto a Equipe Técnica quanto o Ministério Público de Contas manifestaram seu entendimento pela irregularidade do procedimento licitatório e da formalização da Ata de Registro de Preços, sob as seguintes alegações: prazo de entrega tem caráter restritivo e não condiz com a natureza dos objetos a serem adquiridos; exigida estrutura física local, de forma indevida, para os licitantes sediados fora do Município de Iguatemi; exigido documento de habilitação não condizente com os princípios licitatórios; documentos de habilitação apresentados em discordância com as regras do edital; não aplicação de benefício legalmente exigido para microempresas e empresas de pequeno porte.

Apesar de devidamente intimado, o jurisdicionado não se manifestou nos autos, não apresentando justificativas ou documentos complementares.

A ausência de defesa impede criação de suposições casuísticas, de modo que os fatos constatados precisam ser objetivamente apreciados.

A primeira e a segunda irregularidades apontadas se sustentam, uma vez que restringem indevidamente o caráter competitivo do certame. Não há nos autos qualquer informação que justifique a necessidade de prazo tão exíguo de entrega para todos os alimentos objeto do pregão, tampouco a necessidade de estrutura física sediada no Município de Iguatemi.

Os bens licitados são de naturezas diversas, de modo que sua maioria é composta por produtos de baixa ou média perecibilidade que, aliado à exigência legal e regulamentar para elaboração de cardápios para alimentação escolar[1], impõe a necessidade de a administração realizar o adequado planejamento para a preparação e oferta de alimentação nas escolas. A necessidade desse planejamento, mesmo que mínimo, mostra-se absolutamente incompatível com a necessidade de tais exigências por parte da administração.

Ao impor tais exigências, a administração acaba por comprometer o caráter competitivo da licitação, o que é vedado na forma do art. 3º, §1º, I da Lei 8.666/93:

> Art. 3º ...
>
> §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. 3ºda Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

[1] Art. 12 da Lei 11.947/2009 e art. 15 Resolução CD/FNDE n. 38/2009

No que diz respeito à terceira irregularidade, o item 8.7.1 do edital exige para a habilitação o seguinte documento:

> 8.7.1) Recibo de Retirada de Edital assinado pelo Pregoeiro oficial, Pregoeiro substituto ou membro da equipe de apoio.

Tal exigência não consta entre aquelas previstas nos art. 27 ao art. 33 da Lei 8.666/93. A Lei 10.520/2002 sequer exige qualquer forma de cadastro prévio do licitante para participação do pregão.

Dessa forma, como bem apontado pela divisão em sua análise técnica, a conduta da administração ao exigir o supracitado requisito de habilitação, tem por objetivo conhecer, previamente, quem serão os possíveis participantes da licitação.

Essa exigência, portanto, contraria aos princípios que regem as contratações públicas, não podem ser admitidas nessa, nem para as próximas aquisições.

Sobre a quarta irregularidade, não há muita digressão a ser feita, em face da sua objetividade. O edital exigiu dos licitantes a apresentação de determinados documentos para suas respectivas habilitações, sendo que um dos vencedores do certame foi habilitado, apesar de ter apresentado os documentos em desconformidade com tais exigências (peça 4, fls. 203 e 208).

Por fim, a última irregularidade constitui-se como flagrante e objetiva afronta à legislação de regência.

O art. 48, I, da Lei 123/2006 traz norma clara e expressa ao exigir a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, nos itens de contratação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), salvo justificativa formal do gestor na forma do art. 49 da mesma lei.

No caso em apreço tal exigência não foi observada. Em que pese dois dos vencedores do certame se enquadrem na categoria de microempresa e empresa de pequeno porte, é certo que o terceiro vencedor não atende a esse requisito, de modo que sequer é possível conjecturar eventual atendimento à finalidade da norma.

Diante do exposto, constata-se que os requisitos legais vigentes não foram devidamente cumpridos para a regularidade da matéria relativa ao procedimento licitatório do pregão presencial, impondo-se a necessidade de aplicação de multa ao responsável por infração a norma legal.

Por fim, impende destacar a violação ao artigo 46 da Lei Orgânica do TCE/MS, em vista da remessa intempestiva de documentação obrigatória para este Tribunal:

> Art. 46. A multa incidente sobre a falta de remessa tempestiva de informações, dados ou documentos ao Tribunal corresponde ao valor de uma UFERMS por dia de atraso, não podendo ultrapassar o valor correspondente ao de trinta UFERMS.

A remessa do procedimento licitatório para este Egrégio Tribunal possuía como data limite o dia 20/02/2019, todavia, foi encaminhado apenas em 27/02/2019, ou seja, 05 (cinco dias úteis) após o prazo estabelecido pelo comando legal apregoado no Anexo VI, item 1.2.1, alínea A, da resolução n.º 88/2018.

Ademais, o fato gerador da multa independe da comprovação de dano, da efetividade do controle realizado, ou, tampouco, de elementos volitivos, tais como dolo e culpa.

Com efeito, nos termos do que determina a legislação regente, o atraso de 05 (cinco dias úteis) impõe a fixação de uma multa de 05 (cinco) UFERMS.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, com arrimo no artigo 4º, III, "b", do RITCE/MS, acompanhando parcialmente o entendimento da Divisão e do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

I – Pela declaração de **IRREGULARIDADE** do procedimento licitatório realizado na modalidade pregão presencial n.º 98/2018 (1ª fase), em razão de exigências que restringiram a competitividade do certame, a aceitação de documentação em desconformidade com o edital, além afronta a exigência imposta pela Lei 123/2006, nos termos do art. 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c art. 121, I, "a" do RITCE/MS;

II – Aplicação de **MULTA** no valor de 50 UFERMS à jurisdicionada, Sra. Patricia Derenusson Nelli Margatto Nunes, portadora do CPF: 735.027.829-20, por infração à norma legal, com base nos artigos art. 21, X, 42, I e IX, 44, I, c/c art. 45, I, e 61, III, todos da Lei Complementar nº 160/2012;

III – Pela aplicação de **MULTA** equivalente ao valor de 5 (cinco) UFERMS, à Sra. Patricia Derenusson Nelli Margatto Nunes, portadora do CPF: 735.027.829-20, pela remessa intempestiva, com base nos artigos 21, X, 42, II, 44, I, e 46, *caput*, todos da Lei Complementar nº 160/2012;

IV – Concessão de prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis para que o responsável nominada no item "II" 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 sua comprovação nos autos, conforme o estabelecido pelo art. 83, sob pena de cobrança executiva, e pelo art. 78, ambos da Lei Complementar n.º 160/2012;

V – **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento ao interessado, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012;

VI – Determinação do **RETORNO** dos autos, após as formalidades necessárias, à Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, para que promova o acompanhamento da contratação e da execução financeira, nos termos regimentais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório, com aplicação de multas ao responsável.

Presidência e Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomou parte no julgamento os Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa absteve-se de votar.

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

Campo Grande, 10 de março de 2022.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

NCB / VAB/dssm