DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 4027/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/11669/2015
PROTOCOLO	: 1606026
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SIDROLÂNDIA
ORDENADOR DE DESPESAS	: 1 – ARI BASSO 2 – MARCELO DE ARAÚJO ASCOLI
CARGO DO ORDENADOR	: 1 – PREFEITO À ÉPOCA 2 – PREFEITO ATUAL
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 1/2015
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N. 5/2015
CONTRATADO	: M.S. DIAGNÓSTICA LTDA
OBJETO	: FORNECIMENTO DE REAGENTES PARA REALIZAÇÃO DE ROTINA E URGÊNCIA DO LABORATÓRIO MUNICIPAL DE ANÁLISES CLÍNICAS DE SIDROLÂNDIA
VALOR INICIAL	: R$ 57.895,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os documentos dos autos da prestação de contas referente ao Contrato Administrativo n. 1/2015, celebrado entre a Prefeitura de Sidrolândia e a empresa MS Diagnóstica Ltda., tendo por objeto o fornecimento de reagentes para a realização de rotina e urgência do laboratório Municipal de análises clínicas de Sidrolândia, no período de 16/03/2015 a 31/12/2015.

Examina-se, nesta oportunidade, a regularidade do **procedimento de inexigibilidade**, da **celebração contratual** e da **execução financeira** da contratação.

A equipe técnica da 1ª ICE concluiu, na análise ANA – 990/2017 (pç. 27, fls. 272-278), pela regularidade do procedimento de inexigibilidade e da formalização contratual e pela irregularidade da execução financeira, em razão do jurisdicionado não ter sanado as dúvidas aventadas, pela ausência de informações ou de entrega documentos.

Por sua vez, o representante do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer PAR-10030/2017 (pç. 28, fls. 279-283), opinando pela declaração de irregularidade e ilegalidade da inexigibilidade de licitação, da formalização contratual e da execução contratual, opinando que se adote o seguinte julgamento:

> Pelo que dos autos constam e diante da análise técnica, com supedâneo no artigo 18, inciso II da Lei Complementar n. 160, de 02 de janeiro de 2012, este Ministério Público de Contas opina no sentido de que seja adotado o seguinte julgamento:

I – **pela irregularidade e ilegalidade da Inexigibilidade de licitação**, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160 de 2012, c/c com o inciso I, alínea "b", do artigo 120, da Resolução Normativa nº 76 de 11 de dezembro de 2013;

II – **pela ilegalidade e irregularidade da formalização da Carta Contrato nº 001/2015**, com fulcro no artigo 59, inciso III da Lei Complementar nº 160/2012, c/c art. 120, inciso II, da Resolução Normativa TC/MS nº 76 de 11 de dezembro de 2013.

III – **pela ilegalidade e irregularidade da execução financeira da carta contrato**, com fulcro no artigo 59, inciso III da Lei Complementar nº 160/2012, c/c art. 120, inciso III, da Resolução Normativa TC/MS nº 76 de 11 de dezembro de 2013.

IV – **pela aplicação de multa ao Sr. Ari Basso, CPF nº 058.019.820- 00**, pela prática de ato com infração à norma legal e em razão do não cumprimento ao inciso I, do art. 25, da Lei nº 8.666/93 e por infringência à Instrução Normativa 035/2011 – Seção I, Capítulo III, itens 1.2.1., Letra A e 1.3.1 - Letra A, vigente à época, com fulcro no artigo 42, inciso I, II, IV, V e IX c/c artigo 44, I c/c art. 45, I, todos da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2 de janeiro de 2012;

(...)

É o relatório.

DECISÃO

Diante dos pontos de irregularidades levantados pela equipe técnica da 1ª Inspetoria de Controle Externo – 1ª ICE, e pelo representante do Ministério Público de Contas – MPC passo a análise e julgamento nos seguintes termos.

A. DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA

Ao compulsar os autos, verifico estar ausente a justificativa para contratação via inexigibilidade de licitação, posto que o jurisdicionado limitou-se a ratificar a contratação da empresa MS Diagnóstica Ltda (pç.8, fls. 75-76) em razão da sua exclusividade na distribuição dos reagentes da marca SYSMEX no Estado de Mato Grosso do Sul, sem, contudo, justificar a escolha pela marca.

A declaração da exclusividade, no caso, não é o bastante para que se considerasse a inviabilidade de competição, e consequentemente a inexigibilidade de licitação, nos termos do inciso I, art. 25, da Lei n. 8.666 de 1993:

> I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, **vedada a preferência de marca**, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão do registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo

> Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;" (grifei)

Verifica-se, assim, que a própria Lei de Licitações veda que haja preferência por marca específica, fundada pura e simplesmente em preferências, sem qualquer avaliação técnica que a justifique.

Evidente que caso a escolha tivesse sido pautada em elementos objetivos, com especificação de características próprias, a marca seria um elemento acessório, não sendo descabida a inexigibilidade da licitação em razão de sua mera indicação.

Contudo, o que ocorrera fora exatamente o contrário. Restou claro que havia preferência pela marca SYSMEX, sem qualquer tipo de comprovação nos autos de que não existiam outras marcas que atenderiam ao objeto contatado.

Este é o posicionamento do Tribunal de Contas da União[1], senão vejamos:

> Compete ao órgão licitante que decide pela adoção de especificações técnicas de determinada marca como referência avaliar, previamente, se essas especificações poderão ser atendidas por outros fabricantes. Caso contrário, essa mera referência transmutar-se-á em comprovado direcionamento.
> Não constam dos autos tais avaliações. Ao contrário, o que consta são manifestações que conduzem ao entendimento de que a unidade jurisdicionada desejaria que licitantes fornecedores da marca (...) vencessem a disputa nos diversos itens.
> O fato de o edital não ter exigido equipamentos da marca (...) tendo o órgão licitante tomado o cuidado de adicionar as expressões 'similar' ou 'superior', não implica o afastamento da ocorrência de severa restrição da competitividade e de direcionamento. Trata-se de cuidado meramente formal.
> (...)

Observo, também, que quando da publicação do Termo de Inexigibilidade de Licitação – Ratificação (pç.8, fl.75), a contratação restou fundamentada no art. 25, II c/c art.13, V da Lei 8.666/93, ou seja, dispositivos que não guardam qualquer relação com o caso tratado nos autos, veja:

> **Art. 25.** É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
>
> **Art. 13.** Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
> V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

[1] Acórdão 2.005/2012, Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira

Neste contexto, resta ausente justificativa plausível da inexigibilidade de licitação, e, portanto, injustificada a medida adotada pelo jurisdicionado, a qual afronta cabalmente o artigo 3º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

B. DA FORMALIZAÇÃO CONTRATUAL

Verifico que a celebração do Contrato n. 1/2015 está em conformidade com as normas contidas na Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, todavia, verifico que a remessa foi intempestiva contrariando a exigência do Capítulo III, Seção I, n. 1.2.1, "A" da IN/TC/MS n. 35/2011.

C. DA EXECUÇÃO FINANCEIRA

De acordo com o que fora demonstrado pela equipe técnica da 1ª ICE, pode-se resumir a execução financeira da seguinte forma:

VALOR INICIAL DO CONTRATO Nº 1/2015 (CT)	R$ 57.895,00
TOTAL EMPENHADO (NE)	R$ 57.895,00
TOTAL ANULADO (NAE)	(R$ 10.6974,70)
VALOR TOTAL EMPENHADO (NE – NAE)	R$ 47.200,30
DESPESA LIQUIDADA (NF)	R$ 47.200,30
PAGAMENTO EFETUADO (OB/OP)	R$ 47.200,30

Após analisar os documentos contidos nos autos, foi possível verificar que o Senhor Ari Basso, Prefeito à época dos fatos, após ser intimado (INT – 21986/2016, pç. 20, fls. 182-184), mesmo apresentando justificativas e/ou documentos necessários, não elucidou integralmente as pendências relatadas.

Observa-se que as notas fiscais foram emitidas fora do prazo de vigência contratual (NFs n. 67786 – 21/01/16 e de n. 67921 – 26/01/16), e que para tanto, necessário seria a realização de Termo Aditivo ao Contrato, com o fim de formalizar qualquer valor pago a maior.

A ausência de apresentação deste aditivo contratual vai de encontro ao prescrito no parágrafo único do art. 61 da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, a respeito da necessidade de se dar publicidade aos atos contratuais, em imprensa oficial.

> 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Ademais, não bastasse o descumprimento legal acima mencionado, a irregularidade da ausência do Termo Aditivo com sua devida publicação, justificativa, planilha orçamentária e nota de empenho, tendo em vista a emissão de algumas notas fiscais fora da vigência contratual, desrespeita a norma contida no Capítulo III, seção I, nº 1.2.2, letra "B", item 1,2, 3 e 4 da IN/TC/MS nº 35/2011.c/c art. 61 parágrafo único da Lei Federal 8.666/93 e alterações.

Consequentemente, verifico que a execução financeira do contrato em exame não atendeu integralmente às determinações contidas na Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 2011 (vigente na época dos fatos) e da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como, da Lei (federal) n. 4.320 de 17 de março de 1964.

Permaneceram, pois, as irregularidades abaixo relacionadas, decorrentes da falta de apresentação dos seguintes documentos:

1. Rescisão Contratual/Cessão ou Distrato e (publicação se ocorrer). Capítulo III, seção I, nº 1.3.1, letra "B", item 6 da IN/TC/MS nº 35/2011, art. 77 da Lei Federal nº 8.666/93, c/c do art. 37"caput" da C.F. e art. 38, XI da Lei Federal 8666/93.

2. Termo de encerramento do Contrato. Capítulo III, seção I, nº 1.3.1, letra "B", item 7da IN/TC/MS nº 35/2011.

A ausência de referidos documentos impõe a conclusão de que aos recursos públicos não fora dada a correta destinação, descumprindo o jurisdicionado com as determinações das normas cogentes.

Diante disso, concordo parcialmente com a análise da 1ª ICE e o posicionamento do Ministério Público de Contas – MPC, e decido nos sentidos de:

I – declarar, com fundamento no art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, **a REGULARIDADE da celebração do Contrato n. 1/2015** realizado entre o município de Sidrolândia e a empresa MS Diagnóstica Ltda.;

II – declarar, com fundamento no art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a **IRREGULARIDADE:**

a) da Inexigibilidade de Licitação n. 5/2015, em razão da afronta ao art. 3º, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, uma vez que ausente justificativa para escolha da marca contratada;

b) da execução financeira do Contrato n.1/2015, pelas infrações decorrentes da falta de apresentação do Termo Aditivo que justificasse o pagamento das notas fiscais fora do prazo de vigência, da rescisão contratual/cessão ou distrato e sua publicação, bem como do termo de encerramento do contrato, contrariando dispositivos legais e a Instrução Normativa TC. 35/2011, vigente à época dos fatos;

III – aplicar multa, nos termos dos arts. 21, X, 42, IX, 44, I, 45, I e 59, III, todos da Lei Complementar (estadual) n. 160 de 2012, ao **Sr. Ari Basso, Prefeito de Sidrolândia à época dos fatos**, inscrito no CPF n. 058.019.820-00, nos valores correspondentes aos de:

a) 30 (trinta) UFERMS, pela irregularidade descrita no inciso II, "a", desta Parte Dispositiva;

b) 30 (trinta) UFERMS, pela irregularidade descrita no inciso II, "b", desta Parte Dispositiva;

c) 30 (trinta) UFERMS, pela remessa intempestiva a este Tribunal de Contas do Contrato nº 1/2015, com fundamento na regra do art. 46, da Lei (estadual) Complementar n. 160 de 2012;

IV - 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 infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Moderni-

zação 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.

É como decido.

Campo Grande/MS, 07 de maio de 2020.

Conselheiro FLÁVIO KAYATT
Relator

AM/VCF