Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

ACÓRDÃO - AC01 - 616/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/9974/2019
PROTOCOLO	: 1994634
TIPO DE PROCESSO	: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE CORUMBÁ
JURISDICIONADO	: CASSIO AUGUSTO DA COSTA MARQUES
INTERESSADO	: 1. AGILITÁ PROPAGANDA E MARQUETING LTDA; 2. TIS PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA.
VALOR	: R$ 3.600.000,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA – CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA – GRAVES IRREGULARIDADES NA CONDUÇÃO DO CERTAME – MINUTA DO EDITAL LICITATÓRIO E MINUTA DO CONTRATO – FALTA DE ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS CLAROS E OBJETIVOS PARA A REALIZAÇÃO DA SELEÇÃO INTERNA – INSCRIÇÃO INTEMPESTIVA DE INTERESSADOS – PRAZO INFERIOR PREVISTO NA LEGISLAÇÃO – PRESTAÇÃO DE GARANTIA – DESRESPEITO ÀS NORMAS LEGAIS – FASE DE HABILITAÇÃO – PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA QUE DESCUMPRIU A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA – IRREGULARIDADE – REMESSA INTEMPESTIVA DE DOCUMENTOS – MULTAS.

1. A Lei determina a inabilitação dos participantes que não atendam às exigências do edital, e não é dado ao administrador público desrespeitá-la admitindo a apresentação tardia de documentos, inclusive porque tal ato implica em ofensa à isonomia.

2. A existência de graves irregularidades na condução do certame, identificadas na minuta do edital licitatório e na minuta do contrato, como a falta de estabelecimento de critérios claros e objetivos para a realização da seleção interna (art. 2º, § 4º da Lei n. 12.232/2010); a inscrição intempestiva de interessados em participar da subcomissão técnica impedindo atendimento da exigência contida no § 4º do art. 10 da Lei n. 12.232/2010, que determina a realização de sorteio entre os inscritos, no prazo de 10 dias contados da publicação da relação dos inscritos; a exigência na minuta do contrato que prevê a prestação de garantia correspondente a 2,5% sobre o valor global estimado para a contratação, restringindo a participação (ofensa ao art. 3ª, § 1º, I, da Lei (federal) n. 8.666/93); bem como na fase de habilitação, quando admitiu a participação de empresa que descumpriu exigência editalícia, enseja a declaração de irregularidade do procedimento licitatório e a aplicação de multa ao gestor responsável, sanção que também é aplicada em razão da remessa intempestiva de documentos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 34ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 6 a 9 de dezembro de 2021, ACORDAM os

Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em declarar a **irregularidade** do **procedimento licitatório** realizado pelo Município de Corumbá por meio da **Concorrência nº 5/2018,** diante das irregularidades apontadas neste voto, com fundamento na regra do inciso III art. 59 da Lei Complementar (estadual) n.º 160, de 2 de janeiro de 2012; **aplicar multas ao Sr. Cássio Augusto da Costa Marques,** Secretário Municipal de Governo à época dos fatos, nos valores correspondentes aos de: **120 (cento e vinte) UFERMS** decorrente da reprovação do procedimento licitatório determinada no item 1, "a" supra, sendo 20 (vinte) UFERMS para cada uma das seis irregularidades identificadas; **30 (trinta) UFERMS decorrente da remessa da documentação ao Tribunal de Contas após o prazo de 30 dias** estabelecido no item 2.A.a.2 do Anexo VI da Resolução TCE/MS n. 54/2016 (vigente à época), nos termos do art. 46, da Lei Estadual Complementar n. 160, de 2012; e **fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis**, contados da data da publicação do Acórdão no Diário Oficial (eletrônico) deste Tribunal (DOTCE/MS), para o apenado pagar o valor das multas infligidas e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as disposições dos arts. 50, I, e 83, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e dos arts. 98 e 185, § 1º, I e II, do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018).

Campo Grande, 9 de dezembro de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Trata-se da análise da conformidade do procedimento licitatório realizado pelo município de Corumbá por meio da Concorrência n. 5/2018, cujo objeto é a contratação de agência de publicidade e propaganda para atender às necessidades da Administração Pública direta e indireta do Município, no valor total de R$ 3.600.000,00.

Ao analisar a documentação por meio da análise ANA-DFLCP-4814/2020 (pç. 13, fls. 1588/1597), a equipe técnica da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias identificou uma série de fatos que evidenciam irregularidades e maculam a licitude do certame, e em razão disso o Ministério Público de Contas proferiu despacho solicitando a intimação do gestor para que se manifestasse, apresentando defesa e documentos (DSP-4ª PRC-18196/2020, pç. 14, fls. 1598-1597).

Realizada a intimação e respondida pelo Ordenador de Despesas à fls. 1605-1608, os autos foram reencaminhados à equipe técnica da DFLCP que, após reanálise concluiu pela persistência das irregularidades anteriormente constatadas, suficientes à reprovação da prestação de contas (ANA-DFLCP-7544-2020, pç. 23, fls. 1620-1633).

O mesmo entendimento foi manifestado pelo Ministério Público de Contas, que, por meio do Parecer PAR-4ª PRC-10766/2020 (pç. 28, fls. 1638-1644), opinou pela adoção do seguinte julgamento:

> Ante o exposto, este Ministério Público de Contas opina que o egrégio Tribunal de Contas adote o seguinte julgamento:
>
> **I – ilegalidade e irregularidade** do procedimento licitatório, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 160/2012, combinado com o artigo 124, inciso II, do Regimento Interno aprovado pela Resolução TC/MS nº 98/2018, devido às irregularidades na metodologia da seleção interna, no edital de chamamento público, na publicação dos inscritos, na data do sorteio da subcomissão técnica, nas despesas com deslocamentos, na presença de cláusulas restritivas, na ingerência na equipe técnica da contratada, na habilitação irregular, e na remessa intempestiva de documentos, infringindo o artigo 42, inciso IX, da Lei Complementar nº 160/2012; item 2.A.a.2 do Anexo VI, da Resolução TCE/MS nº 54/2016, combinado com a Portaria TC/MS nº 96/2018; artigo 2º §4º, e artigo 10, §§ 1º e 4º, ambos da Lei Federal nº 12.232/2010, combinado com o

artigo 3º §1º inciso I, artigo 31 §5º, artigo 44, artigo 54 §1º, e artigo 55 inciso III, todos da Lei Federal nº 8.666/1993;

II – multa ao Jurisdicionado, Senhor Cássio Augusto da Costa Marques, CPF nº 776.493.897-15, Secretário Municipal de Governo à época dos fatos, com fulcro no artigo 77, inciso VIII, da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, combinado com o artigo 44 inciso I, artigo 45 inciso I, e artigo 46, todos da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com o artigo 181 inciso I, da Resolução TC/MS nº 98/2018, devido às irregularidades e infringências mencionadas no item anterior;

III – recomendar ao administrador público maior rigor no cumprimento das normas vigentes, em especial quanto ao fato de ter permitido a presença de irregularidades na metodologia da seleção interna, no edital de chamamento público, na publicação dos inscritos, na data do sorteio da subcomissão técnica, nas despesas com deslocamentos, na presença de cláusulas restritivas, na ingerência na equipe técnica da contratada, na habilitação irregular, e na remessa intempestiva de documentos;

IV – comunicação do resultado do julgamento aos interessados, nos termos do artigo 5°, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Analisando a documentação referente ao procedimento licitatório realizado pela administração municipal de Corumbá por meio da Concorrência n. 5/2018, tenho que assiste razão à equipe técnica da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias - DFLCP e ao representante do Ministério Público de Contas quando apontam a existência de graves irregularidades que demandam a reprovação da prestação de contas do certame.

A primeira irregularidade constatada no procedimento licitatório diz respeito à metodologia de seleção interna, prevista nos itens 18.2 e 18.3 do Edital licitatório (fls. 1158-1159), que autoriza as próprias empresas a escolherem a prestadora do serviço, prerrogativa essa exclusiva da administração pública contratante, não podendo ser transferida a terceiros sob pena de inviabilizar a obtenção da vantajosidade e da economicidade que constituem o objetivo do certame que adotou a opção pela contratação de duas agências de publicidade sem a segregação de itens ou contas publicitárias.

Entendo que as regras estabelecidas nos itens 3.5.1 e 18 do edital licitatório (fls. 139-193) impedem que a vantajosidade e a economicidade sejam atendidas

quando outorgam à agência que primeiro for convocada a possibilidade de declinar o chamamento em favor da outra agência, pois dessa forma se estará permitindo que a seleção da prestadora dos serviços seja feita pelas próprias contratadas, e não pela administração contratante, a quem restará apenas a possibilidade de concordar com os serviços que vierem a ser entregues.

Ademais, a falta de estabelecimento de critérios claros e objetivos para a realização da seleção interna entre as agências desrespeita o art. 2º, § 4º da Lei n. 12.232/2010, cuja norma exige que a escolha seja feita por meio de procedimento interno com regras claras, o que certamente não é atendido pela previsão contida no item 18.2 do Edital licitatório, assim redigido:

> 18.2. Para os fins de seleção interna para a escolha das agências será feita mediante a aplicação de um dos critérios abaixo:
>
> a) escolha da agência que já executou ação publicitária similar, no âmbito do contrato (familiaridade da agência com o tema);
>
> b) escolha da agência que estiver em melhores condições para desenvolver a ação;
>
> c) reaproveitamento de linha criativa desenvolvida pela agência.

Ao que se infere, os critérios elencados para a seleção interna são vagos e inespecíficos, contendo quantidade inaceitável de discricionariedade que pode levar, na prática, à prestação dos serviços por apenas uma das agências habilitadas, em manifesto prejuízo à economicidade e à vantajosidade.

Ainda mais grave, entretanto, é a previsão, contida no item 18.3 do Edital Licitatório, quanto à possibilidade de que a realização da seleção interna para contratação de cada serviço seja dispensada por ato discricionário do Secretário Municipal de Governo, nos seguintes termos:

> 18.3. O Secretário Municipal de Governo poderá dispensar o procedimento de seleção nos casos de:
>
> a) Ação publicitária que decorra de proposta de iniciativa de uma das agências contratadas;
>
> b) Reaproveitamento de linha criativa aprovada anteriormente em procedimento anterior de Seleção;
>
> c) Situações peculiares que requeiram urgência na realização da ação de comunicação, a exemplo das que possam causar prejuízo à segurança ou à saúde de pessoas.

O estabelecimento de critérios vagos para a seleção interna de uma das agências habilitadas, aliado à autorização concedida ao gestor para que essa seleção seja efetuada a seu exclusivo critério certamente desrespeitam os princípios basilares da licitação, notadamente os da isonomia e da vantajosidade, demonstrando a irregularidade do certame assim realizado.

Quanto à formação da subcomissão responsável pela análise técnica das propostas apresentadas pelas empresas participantes, entendo que, apesar de se ter admitido a realização de inscrição de interessados após a data limite fixada no edital (26/05/2018, fl. 340), tal fato não resultou em prejuízo ao certame na medida em que três das inscrições foram realizadas dentro do prazo, atendendo à exigência contida na norma do art. 10, § 1º, da Lei n. 12.232/2010 inclusive quanto à participação de 1/3 de profissionais sem vínculo com a licitante.

Conforme apontado na tabela elaborada pela equipe técnica da DFLCP à fl. 1623, três profissionais realizaram a inscrição para composição da subcomissão técnica até a data de 26/05/2018, e destes, o Sr. Antônio Rondon de Souza não possuía vínculo com o órgão licitante.

Embora a inscrição intempestiva de interessados em participar da subcomissão técnica não tenha impedido a formação da equipe, conforme exposto acima, certamente impediu o atendimento da exigência contida no § 4º do art. 10 da Lei n. 12.232/2010, que determina a realização de sorteio entre os inscritos, no prazo de 10 dias contados da publicação da relação dos inscritos.

Havendo apenas três inscrições realizadas tempestivamente, não havia possibilidade de se realizar sorteio para escolha de membros de uma comissão composta por três profissionais.

A administração, entretanto, não só realizou o sorteio, permitindo a participação dos inscritos após a data limite (26/05/2018), como o fez em prazo inferior ao previsto no § 4º do art. 10 da Lei 12.232/2018, que é de 10 dias contados da publicação da lista dos inscritos, eis que a publicação da relação de inscritos ocorreu em 15/08/2018 (fl. 403) e o sorteio em 23/08/2018, apenas sete dias após a publicação.

Entendo haver irregularidade, também, na exigência contida no item 12.1 da minuta do contrato a ser firmado com as empresas vencedoras (fl. 1.197), quando prevê a prestação de garantia correspondente a 2,5% sobre o valor global estimado para a contratação, exigência essa ilegal por configurar restrição à participação na medida em que exige a prestação de garantia sobre o valor global da contratação quando não se sabe qual o valor que será efetivamente contratado junto a cada uma das duas empresas ganhadoras.

A exigência, além de ofender a razoabilidade, configura desrespeito à norma do art. 3ª, § 1º, I, da Lei (federal) n. 8.666/93, por restringir a participação de empresas de menor porte, que poderão não deter meios de prestar a garantia sobre o valor global da contratação, fixado em R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

No item 7.1.3 (f. 207) da minuta do edital licitatório se encontra prevista a possibilidade da municipalidade arcar com despesas de deslocamento de contratadas não sediadas no município em casos excepcionais, não previstas no contrato.

Entendo que tal previsão se afigura ilegal por dois motivos: 1. Por não ser previamente identificada e objetivamente definida e 2. Por se afigurar potencialmente lesiva ao erário ante à falta de limitação de valores.

Anoto que a alegação do jurisdicionado, no sentido de que cláusula não implicou em prejuízos ao erário por não ter havido nenhuma despesa indenizada até o momento, além de não afastar o prejuízo potencial, não autoriza a inclusão de previsão potencialmente lesiva ao erário, inclusive por possibilitar a malversação de recursos públicos.

Além das irregularidades identificadas na minuta do edital licitatório e na minuta do contrato, constato a existência de grave irregularidade praticada pela comissão de licitação quando autorizou a habilitação da empresa Agilitá Propaganda e Marketing Ltda. que, sendo uma das duas únicas participantes do certame, havia sido inabilitada por ter descumprido das exigências contidas nos itens 10.2.2 e 10.2.4.2. do edital licitatório, ao apresentar Certificado de Regularidade perante o FGTS com data de validade expirada e por ter deixado de apresentar o cálculo com os índices contábeis exigidos.

A comissão de licitação incorreu em ilegalidade quando deu provimento ao recurso da empresa inabilitada, pois a apresentação posterior de documentos exigidos para a habilitação não produzem efeitos contra ato jurídico perfeito e acabado, como é o caso da decisão de inabilitação fulcrada na falta de documentos que deveriam ser apresentados em momento específico do certame.

A Lei determina a inabilitação dos participantes que não atendam às exigências do edital, e não é dado ao administrador público desrespeitá-la admitindo a apresentação tardia de documentos, inclusive porque tal ato implica em ofensa à isonomia.

O ato praticado pela administração municipal, ao admitir a participação de empresa que descumpriu a exigência editalícia, configura grave irregularidade que leva à ilegalidade de todo o procedimento licitatório, já que ao final o objeto foi adjudicado a uma das participantes que deveria ter sido previamente inabilitada.

Forçoso observar que a ilegalidade do ato praticado pelo ordenador de despesas ao dar provimento ao recurso da empresa inabilitada é fato incontroverso, tanto que assim foi anotado pela Controladoria Geral do Município na Análise Técnica n. 676/2018 (fls. 688-698), e mesmo assim a empresa foi habilitada e ao final contratada pela administração municipal.

O ordenador de despesas, na vã tentativa de justificar a validade da habilitação da empresa Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., se apega à impensável alegação de que a habilitação era imprescindível para o êxito do certame que objetivava a contratação de duas empresas, pois somente duas apresentaram propostas.

Acredita o ordenador, e talvez isso seja o mais grave, estar autorizado a desrespeitar a Lei, ignorando por completo seus comandos, simplesmente porque a inabilitação de uma das participantes iria levar ao fracasso do procedimento licitatório.

Para o ordenador de despesas, portanto, o atendimento da Lei seria opcional e dependente de sua análise discricionária, e a falta de apresentação de documentos por uma das participantes é um fato irrelevante que não pode se sobrepor a seu desejo de contratar duas empresas para a prestação dos serviços à administração.

Em razão dos fatos acima narrados, concluo pela existência de motivos suficientes à reprovação do procedimento licitatório, que por esse motivo deve ser declarado irregular com aplicação de multa ao gestor responsável.

Por fim, anoto que a documentação referente à prestação de contas do procedimento licitatório em questão foi encaminhada a este Tribunal de Contas em 28/08/2019, duzentos e quatro dias após o prazo estabelecido no item 2.A.a.2 do Anexo VI da Resolução TCE/MS n. 54/2016 c/c a Portaria TC/MS n. 96/2018, que é de trinta dias contados da data da publicação do resultado do certame, ocorrida em 26/12/2018 (fl. 1551), e demanda a aplicação de multa ao ordenador de despesas, que, em sua defesa, alegou (sem comprovar) não ter praticado essa irregularidade.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto por:

I – declarar a **irregularidade** do procedimento licitatório realizado pelo Município de Corumbá por meio da **Concorrência nº 5/2018,** diante das irregularidades apontadas neste voto, com fundamento na regra do inciso III art. 59 da Lei Complementar (estadual) n.º 160, de 2 de janeiro de 2012;

II - aplicar multas ao Sr. Cássio Augusto da Costa Marques, CPF n.776.493.897-15, Secretário Municipal de Governo à época dos fatos, nos valores correspondentes aos de:

a. 120 (cento e vinte) UFERMS decorrente da reprovação do procedimento licitatório determinada no item 1, “a” supra, sendo 20 (vinte) UFERMS para cada uma das seis irregularidades identificadas;

b. 30 (trinta) UFERMS decorrente da remessa da documentação ao Tribunal de Contas após o prazo de 30 dias estabelecido no item 2.A.a.2 do Anexo VI da Resolução TCE/MS n. 54/2016 (vigente à época), nos termos do art. 46, da Lei Estadual Complementar n. 160, de 2012;

III – fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias úteis, contados da data da publicação do Acórdão no Diário Oficial (eletrônico) deste Tribunal (DOTCE/MS), para o apenado pagar o valor das multas infligidas e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do

Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as disposições dos arts. 50, I, e 83, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e dos arts. 98 e 185, § 1º, I e II, do Regimento Interno (Resolução n. 98, de 2018).

DECISÃO

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

Presidência e Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Osmar Domingues Jeronymo e Jerson Domingos.

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

Campo Grande, 9 de dezembro de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

CESB/MSS/dssm