DECISÃO SINGULAR DSG - G.MJMS - 12177/2016

PROCESSO TC/MS	**:** TC/119347/2012
PROTOCOLO	**:** 1360323
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE PARANHOS
ORDEN. DE DESPESAS	**:** DIRCEU BETTONI
CARGO DO ORDENADOR	**:** PREFEITO
ASSUNTO DO PROCESSO	**:** NOTA DE EMPENHO N.º 510/2012
RELATORA	**:** CONS. MARISA JOAQUINA MONTEIRO SERRANO
CONTRATADA	**:** SISTEMA INFORMÁTICA COM. IMP. E EXP. LTDA.
PROCED. LICITATÓRIO	**:** CONVITE N.º 041/2012
OBJETO DA CONTRATAÇÃO	**:** AQUISIÇÃO DE TRÊS LOUSAS DIGITAIS INTERATIVAS
VALOR DA CONTRATAÇÃO	**:** R$ 37.470,00

CONTRATAÇÃO PÚBLICA. AQUISIÇÃO DE TRÊS LOUSAS DIGITAIS INTERATIVAS. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. REGULARIDADE. FORMALIZAÇÃO DA NOTA DE EMPENHO. IRREGULARIDADE. EXECUÇÃO FINANCEIRA. REGULARIDADE.

Versam os presentes autos sobre a Nota de Empenho n.º 510/2012, formalizado entre a ***Prefeitura Municipal de Paranhos*** e ***Sistema Informática Com. Imp. e Exp. LTDA.***, objetivando a aquisição de três lousas digitais interativas, com valor contratual no montante de R$ 37.470,00 (trinta e sete mil quatrocentos e setenta reais).

Para tanto, foi realizado o procedimento licitatório na modalidade de Convite n.º 041/2012.

Nesta fase processual objetiva-se analisar a regularidade do Convite e da formalização da Nota de Empenho (1ª e 2ª fases), bem como da Execução Financeira da contratação pública (3ª fase).

Prima facie, é cediço salientar determinados pontos do processo, senão vejamos.

Em razão da análise de toda documentação acostada, a Equipe Técnica da 6ª Inspetoria de Controle Externo emitiu às pp. 189/192 sua Análise ANA – 6ICE – 3735/2014, opinando pela ***irregularidade e ilegalidade*** do Convite e da formalização da Nota de Empenho, visto que o procedimento licitatório não foi realizado na forma da Lei 8.666/93.

O ilustre representante Ministerial, em seu Parecer PAR-MPC – GAB.3 DR.JAC/SUBSTITUTO – 11534/2014, corroborou o entendimento da 6ª ICE e concluiu pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** da 1ª e 2ª fase da contratação pública.

Por sua vez, o G.MJMS – 24569/2014 (pp. 194/197) determinou a notificação do Ordenador para apresentar defesa.

Em sede de Resposta à Notificação, o Ordenador de Despesas encetou ao feito os documentos de pp. 207/211 e 217/226, no afã de legitimar o procedimento licitatório adotado.

Ato contínuo a defesa apresentada, a Equipe Técnica da 6ª Inspetoria, ANA-6ÏCE – 20884/2015 (pp. 228/236), opinou pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório e da formalização da nota de empenho, sob a justificativa de que a realização do Convite não obedeceu o número mínimo de 03 (três) licitantes. No tocante a 3ª fase, a 6ª ICE concluiu pela ***regularidade e legalidade*** da execução financeira e da nota de empenho.

Encaminhado o feito ao *Parquet* de Contas, este emitiu o Parecer PAR-MPC - GAB.3 DR.JAC/SUBSTITUTO – 10619/2016 (pp. 238/242), opinando pela ***irregularidade*** e ***ilegalidade*** do procedimento licitatório, da formalização da nota de empenho e da execução financeira.

Vieram os autos a esta Relatoria, para decisão.

É O RELATÓRIO.

Insta salientar, conforme consta dos autos, que a presente decisão recai sobre a regularidade do convite, da formalização da nota de empenho e da execução financeira (1ª, 2ª e 3ª fases).

Constata-se, por meio da documentação juntada, que os requisitos legais vigentes foram devidamente cumpridos quanto à regularidade da matéria relativa a contratação.

Desde já, é mister trazer a lume os ditames legais acerca do procedimento licitatório na modalidade de Convite:

> **Art. 22. São modalidades de licitação:**
>
> **III - convite;**
> **§3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.**
> **§7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.**

Noutro diapasão, o entendimento consolidado pelo TCU é claro ao dispor: **"Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei n.º 8.666/1993."**.

Conforme se observa da Ata de pp. 122/126, o Convite em análise recebeu apenas duas propostas aptas a seleção, levando a crer, como oportunamente acentuado pela Equipe Técnica e MPC, uma flagrante infringência ao enunciado na Súmula 248 do TCU.

Nesse liame, observa-se que o próprio enunciado do Sodalício de Contas excetua as hipóteses previstas no §7º, do artigo 22, da Lei de Licitações, as quais legitimam, na ocorrência de limitação de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, o Convite realizado sem o recebimento mínimo de 03 (três) propostas.

Denota-se, pois, que embora a Súmula nº 248 do TCU imponha a repetição do ato quando não se obtém o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, essa obrigação desaparece quando a Administração, justificadamente, demonstra que a impossibilidade decorreu em razão de limitações do mercado ou manifesto interesse dos convidados.

No caso dos autos, e diferentemente das conclusões emanadas pelos Analistas, tenho que o número de apenas 02 (duas) propostas é oriundo do manifesto desinteresse dos convidados.

Ás pp. 36 e 38/40 encontram-se, respectivamente, a publicação do edital do procedimento licitatório e os Convites recebidos pelas 03 (três) empresas, consideradas pela administração, como aptas a contratação pública, garantindo ao procedimento a mais ampla publicidade.

Dessa forma, vê-se que os requisitos necessários à caracterização do manifesto desinteresse encontram-se preenchidos na espécie, pois os convites foram distribuídos a três empresas do ramo, porém, apenas duas

manifestaram interesse em participar.

Nesse sentido, destaca-se o Acórdão nº 0485-06/11, que reitera o posicionamento do TCU acerca da possibilidade de prosseguimento da licitação na modalidade convite desde que devidamente justificados a limitação de mercado e o desinteresse dos licitantes:

> **"O prosseguimento de convite independentemente do número mínimo de propostas válidas contraria sólida jurisprudência deste Tribunal a respeito do assunto, cuja Súmula TCU nº 248 diz, taxativamente, que, 'não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993'. Em decorrência, os casos de limitação de mercado e desinteresse dos licitantes devem estar suficientemente comprovados no processo administrativo correspondente."** (Acórdão n. 485/2011. Relator: Ministro José Múcio Monteiro. Sessão realizada em: 23/02/2011)

Caracterizado está, portanto, o *manifesto desinteresse dos convidados*, situação que se encontra suficientemente justificada nos autos e que dispensa a administração de repetir o convite, mesmo quando não atingido o número mínimo de propostas válidas.

Não obstante a declaração de regularidade do procedimento licitatório, e seguindo o posicionamento adotado pela Equipe Técnica e MPC, evidencia-se a impossibilidade de se chancelar a nota de empenho dele decorrente.

Malgrado a modalidade Convite permita que o instrumento contratual seja substituído por Nota de Empenho, tal alteração não é discricionária e necessita preencher determinados requisitos.

Nos termos do §4º, do Artigo 62, da Lei n.º 8.666/93: *"É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor,* ***nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.".***

Em que pese a determinação legal, extrai-se do próprio edital do Convite (p. 29), em seu item 12.1, que o licitante deverá promover a entrega dos equipamentos adquiridos no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Ademais, no item de número 16.4, consta que a fornecedora fica condicionada a cumprir integralmente as regras estabelecidas, **inclusive no período de garantia estipulado**.

Para melhor esclarecer a violação imposta pela Nota de Empenho às regras atinentes a todo e qualquer Contrato Administrativo, segue o brilhante escólio do Professor Marçal Justin Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. Ed. São Paulo, Dialética, 2012, p. 866):

> **"A compra com entrega imediata não se confunde com aquela cujo prazo é reduzido (trinta dias, por exemplo). A regra aplica-se ao caso de entrega incontinente, em que a execução do contrato se segue imediatamente após a contratação.**
>
> **A Lei proíbe a dispensa do instrumento específico quando a Administração Pública necessitar de uma atuação determinada e específica do vendedor, destinada a adaptar a coisa vendida às circunstâncias existentes etc."**

Portanto, no caso em voga, a Lei não comporta a substituição do instrumento contratual por nota de empenho, motivo pelo qual a irregularidade da 2ª fase é medida que se impõe.

Por derradeiro, verifica-se que a Equipe Técnica da 6ª Inspetoria e o Ministério Público de Contas divergiram no que diz respeito a execução financeira da Nota de Empenho (3ª fase).

Enquanto os analistas da 6ª Inspetoria concluíram pela regularidade da prestação de contas, o *Parquet* opinou pela sua irregularidade ao argumento de que a ilegalidade da formalização da nota de empenho, por si só, maculam a execução financeira.

Em que pese o notório parecer ministerial, entendo que a documentação exibida pelo jurisdicionado é suficiente para demonstrar a correta prestação de contas da execução contratual.

De fato, a liquidação da despesa, cujo resumo segue abaixo, exibe com clareza a similitude do total de notas de empenho válidas e total de pagamentos, demonstrando, assim, sua regularidade:

VALOR DA NOTA DE EMPENHO	R$	37.470,00
TOTAL DE NOTAS DE EMPENHO EMITIDAS	R$	37.470,00
TOTAL DE COMPROVANTES DESPESAS EMITIDOS	R$	37.470,00
TOTAL DE ORDENS BANCÁRIAS EMITIDAS	R$	37.470,00

Ante o exposto, no exercício do juízo singular conferido pelo artigo 10, inciso II, do Regimento Interno do Tribunal de Contas/MS, e acompanhando parcialmente o entendimento da Equipe Técnica da 6ª Inspetoria e do Ministério Público de Contas, **DECIDO** no sentido de**:**

1) Declarar a ***regularidade*** do procedimento de licitação na modalidade Convite n.º 041/2012 (**1ª fase**), nos termos do art. 120, inciso I, alínea “a”, da Resolução Normativa n.º 76, de

11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

2) Declarar a ***irregularidade*** da formalização da Nota de Empenho n.º 510/2012 (**2ª fase**), nos termos do art. 120, inciso II, da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

3) Declarar a ***regularidade*** da execução financeira da Nota de Empenho n.º 510/2012 **(3ª fase)**, nos termos do art. 120, inciso III, também da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c artigo 59, I, da Lei Complementar n.º 160/12;

4) Aplicar multa regimental no valor de **25 (vinte e cinco) UFERMS** ao Ordenador de Despesas, Sr. ***Dirceu Bettoni***, Ex-prefeito Municipal, responsável pela Nota de Empenho n.º 510/2012, por infração à norma legal, com base no artigo 170, inc. I c/c da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c o art. 45, inciso I, da Lei Complementar n.º 160/12;

5) Conceder o prazo de 60 (sessenta) dias para que comprove o recolhimento da multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC (art. 172, § 1º, inc. II, da Resolução Normativa n.º 76, de 11/12/2013, c/c art. 83, da Lei Complementar n.º 160/12), sob pena de execução; e

6) Comunicar o resultado do julgamento às Autoridades Administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n.º 160/2012.

É a Decisão.

Nos termos do artigo 70, § 2º, do Regimento Interno, **determino** a remessa destes autos ao Cartório para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 06 de fevereiro de 2017.

Cons. MARISA SERRANO

RELATORA

Mat