ACÓRDÃO - AC00 - 1079/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/116587/2012/001
PROTOCOLO	**:** 1721153
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE INOCENCIA
RECORRENTE	**:** ANTÔNIO ÂNGELO GARCIA DOS SANTOS
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – FORMALIZAÇÃO DA NOTA DE EMPENHO – SUBSTITUTO CONTRATUAL – INFRAÇÃO A NORMA LEGAL – NÃO REMESSA DE DOCUMENTAÇÃO OBRIGATÓRIA AO TRIBUNAL DE CONTAS DENTRO DO PRAZO – IRREGULAR – APLICAÇÃO DE MULTA – OBJETO – VÁRIAS AQUISIÇÕES PARCELADAS – CONHECIMENTO – NÃO PROVIMENTO.

1. É possível a formalização de contrato de fornecimento de bens, por meio de nota de empenho, para entrega imediata e integral, da qual não resultem obrigações futuras, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993, entendendo-se por entrega imediata aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação, conforme entendimento jurisprudencial do TCU.
2. Para que a nota de empenho substitua o contrato é necessário o enquadramento na condição legal de entrega imediata do bem, pelo que a verificação de que a formalização no caso tem por objeto várias aquisições parceladas demonstra a irregularidade da substituição. Não provimento do recurso para manter a decisão de declarou irregular a formalização da nota de empenho e aplicou multa ao responsável.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 19ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 19 a 22 de julho de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, **pelo conhecimento** e **não provimento** do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **Antônio Ângelo Garcia dos Santos**, Prefeito Municipal de Inocência, mantendo, assim, inalterados os termos dispositivos da Deliberação **AC02-G.MJMS – 1173/20159.**

Campo Grande, 22 de julho de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Referem-se estes autos ao Recurso Ordinário interposto por Antônio Ângelo Garcia dos Santos, Prefeito Municipal de Inocência no período de 2009 a 2016 em face do acórdão – AC02-G.MJMS – 1173/20159 (peça 87 – fls. 384-390), prolatado nos autos TC/116587/2012, nos seguintes termos:

> *"VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos, na 15ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, proferida no dia 8 de setembro de 2015, em conformidade com a ata de julgamento, por unanimidade de votos e acolhendo o parecer do Ministério Público de Contas, ACORDAM, os Senhores Conselheiros, nos termos do relatório e voto da Conselheira Relatora em:*
>
> *1) Declarar IRREGULAR e ILEGAL a Formalização da Nota de Empenho n° 377/2011 (2º fase), com base no artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso II, da Resolução Normativa nº 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS);*
>
> *2) Aplicar multa regimental no valor de 50 (cinquenta) UFERMS ao Ordenador de Despesas, Sr. Antônio Ângelo Garcia dos Santos, CPF nº 110.859.161-20, por infração à norma legal, com base no artigo 170, inc. I c/c da Resolução Normativa nº 76, de 11/12/2013 (Regimento Interno do TC/MS) c/c o art. 45, inciso I, da Lei Complementar nº 160/12;*
>
> *3) Aplicar multa regimental no valor de 30 (trinta) UFERMS, ao Ordenador de Despesas Senhor Sr. Antônio Ângelo Garcia dos Santos, CPF nº 110.859.161-20, pela não remessa de documentação obrigatória ao Tribunal de Contas dentro do prazo, nos termos do artigo 46 da Lei Complementar Estadual n° 160/2012;"*

Em síntese, o recorrente na peça 01 - fls. 2-6 requer que a penalidade imposta seja excluída , em razão dos seguintes pontos:

1. que não houve irregularidade passível de multa, em razão de que a aquisição poderia, como foi, ser realizada com substituição do contrato pela nota de empenho porque nela encontravam-se presentes todos os elementos necessários à descrição do objeto;

que, por se tratar de ata de registro de preços, esta conteriam os elementos essenciais à execução e formalização do objeto licitado, tais como vigência, prazos, direitos e obrigações, valores e penalidades, conteúdos próprios de um termo contratual;

2. que *"a própria Ata de Registro de Preços funciona como elemento contratual, e as notas de empenho colaboram com o mesmo."*;

3. que a multa deve ser desconsiderada em razão da ausência de dolo e má-fé.

4. E, por fim, que caso não seja esse o entendimento, que a multa seja reduzida.

Cumpre anotar que o procedimento licitatório – Pregão n. 003/2011 foi declarado regular pela DSG – G.MJMS – 03923/2011, processo TC/22662/2011.

O Recurso foi devidamente admitido, em seu efeito suspensivo, pela Presidência (DSP – GAB.PRES. – 9906/2017 - peça 3, fl. 08) em razão de verificar a conformidade com as normas estabelecidas nos arts. 149, 150 e 151 do Regimento Interno.

Uma vez encaminhados os autos à 1ª Inspetoria de Controle Externo, os auditores que examinaram a matéria se posicionaram pelo conhecimento e pelo desprovimento do presente recurso (ANA – DFE – 390092/2017, peça 6, fls. 11-16).

No fim da fase instrutória, o Procurador do Ministério Público de Contas no seu Parecer PAR – 2ª PRC – 10892/2018 (peça 7, fls. 17-20) posicionou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso, de forma a manter o Acórdão objurgado.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Acerca da matéria em exame, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para o julgamento deste recurso ordinário, nos termos dos arts. 4º, III, "b", e 164 do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018).

Em homenagem ao Princípio da Primazia do Julgamento de Mérito Recursal, verifico que estão presentes os pressupostos de cabimento, de legitimidade, de interesse e de tempestividade, na forma que estabelecem os arts. 67, I, "a" e 69, parágrafo único da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012 c/c o art. 150, I e IV da Resolução Normativa nº 76, de 11 de dezembro de 2013.

No mérito, não há como acolheras alegações do recorrente para a exclusão da multa pelas razões que passo a expor:

Começo por dizer que o Sistema de Registro de Preços, é um procedimento auxiliar permitido por lei que facilita o processo de aquisição gradual e futura de bens e que, embora contenha boa parte do que deve se observar na contratação efetiva, necessita da devida confirmação contratual, pelo simples fato de que essa contratação é facultativa, já que o fornecedor não detém direito à contratação.

Em outras palavras, mesmo que existam preços registrados, isso não obriga a Administração a concretizá-los. Mas se o fizer pela ata deverá contemplar o fornecedor que teve o seu preço registrado.

E a efetivação da aquisição deve ser formalizada por contrato, com cláusulas não colidentes com as da ata. Assim, o contrato é exigido e *só pode ser substituído nas condições em que a lei autoriza.*

É a ata uma espécie de pré-acordo que norteará as contratações futuras, se isso for a vontade da Administração, em que pese que se dê preferência ao fornecedor registrado na ata.

É esse o conteúdo das lições do Mestre Ronny Charles:

> "Em síntese, embora a Administração não seja obrigada a adquirir os bens relacionados na SRP, o direito de preferência obtido pelo particular exige que, diante da igualdade de preços e condições, seja dada a ele preferência no fornecimento de bens."[1]

E a autorização legal para a substituição do contrato está no art. 62 e seu § 4º, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.[2]

Verifico claramente que a formalização da nota de empenho n. 377/2011 tem por objeto várias aquisições parceladas, não se prestando, por tal motivo, à substituição contratual. Para que uma nota de empenho substitua o contrato necessita o enquadramento na condição legal de entrega imediata do bem.

A própria Lei estipula o que seria "*entrega imediata*". Conforme estabelece o § 4º do artigo 40, devem ser entendidas como compras para entrega imediata, "*aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para a apresentação da proposta*".

Ressalto aqui que a correta interpretação doutrinária acerca do tema entende que a "*entrega imediata*", em relação ao SRP, deve ser interpretada em razão do pedido do fornecimento.

Nesse sentido, transcrevo recente julgado do TCU:

> SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO CONVERTIDA DE PARECER DA AUDITORIA INTERNA. DISCUSSÃO A RESPEITO DA LEGALIDADE DA DISPENSA DE TERMO DE CONTRATO E DA UTILIZAÇÃO DE OUTROS DOCUMENTOS NAS HIPÓTESES DE COMPRAS COM ENTREGA IMEDIATA. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO. POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE TERMO CONTRATUAL.
>
> 1. É juridicamente possível a formalização de contrato de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por

[1] Lei de licitações públicas comentadas / Ronny Charles Lopes de Torres. – 9. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Pg.169

[2] Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.
[...]
§ 4o 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.

> meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do § 4º do art. 62 da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa que regem as contratações públicas.
>
> 2. Entende-se por "entrega imediata" (mencionada no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993) aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido de fornecimento formal feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação[3]

Assim, estou certo de que não há como reformar a decisão combatida e acolher a tese recursal.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, voto **pelo conhecimento e não provimento do presente Recurso Ordinário**, mantendo, assim, inalterados os termos dispositivos da Deliberação AC02-G.MJMS – 1173/20159.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e não provimento do presente Recurso Ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 22 de julho de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

CESB/dssm

[3] TCU. Acórdão nº 1234/2018. Cons. Rel. José Múcio Monteiro. 30.05.2018