Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

PRIMEIRA CÂMARA

# DELIBERAÇÃO AC01 - 1343/2015

| | |
|---|---|
| **PROCESSO TC/MS** | **:** TC/22500/2012 |
| **PROTOCOLO** | **:** 1263171 |
| **ÓRGÃO** | **:** SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE CAMPO GRANDE |
| **JURISDICIONADO** | **:** MARIA CECILIA AMENDOLA DA MOTTA |
| **CARGO** | **:** SECRETÁRIA |
| **INTERESSADO (A)** | **:** G & L INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA |
| **ADVOGADO (A)** | **:** |
| **TIPO DE PROCESSO** | **:** NOTA DE EMPENHO |
| **RELATOR (A)** | **:** CONS. WALDIR NEVES BARBOSA |

**EMENTA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONVITE - AQUISIÇÃO DE MATERIAIS ESPORTIVOS E DE EDUCAÇÃO FÍSICA - I - FALTA DE DOCUMENTO - PRÉVIA PESQUISA DE PREÇOS – IRREGULARIDADE - INFRAÇÃO – PENALIDADE II - NOTA DE EMPENHO DE DESPESA - EMISSÃO – REGULARIDADE III - RECOMENDAÇÃO - FINALIDADE PREVENTIVA.**

I - *É irregular o procedimento licitatório quando faltantes, no caso de convite, os documentos relativos à prévia pesquisa de preços, ou de mercado. Caracterizado o fato típico da infração, ao seu autor deve ser infligida a penalidade cabível ao comportamento ilícito.*

*II - Observados os requisitos da Lei federal de regência, é regular o ato administrativo de emissão de nota de empenho de despesa para substituir o instrumento de contrato.*

*III - Independentemente da declaração de irregularidade de ato ou procedimento administrativo e da penalidade aplicada, pode ser também recomendado ao gestor que, para prevenir futuras impropriedades e eximir-se de novas sanções, exija dos interessados em contratar com o poder público os documentos previstos em lei ou regulamento.*

## ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 15ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 9 de setembro de 2014, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em declarar a irregularidade do procedimento licitatório, com aplicação de multa e recomendação, bem como declarar a regularidade da formalização da Nota de Empenho de Despesa.

Campo Grande, 9 de setembro de 2014.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Presidente da Primeira Câmara
Assinado nos termos do art. 14, parágrafo único, inc. II do RI (RN 76/2013)

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa - Relator

Desvelam-se os autos da Análise do Procedimento Licitatório (1º fase) e da Formalização da Nota de Empenho nº 128/2012 (2ª fase), Carta Convite nº 896/2011, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação de Campo Grande/MS e a empresa G & L Indústria e Comércio LTDA, sob a responsabilidade da Sra. Maria Cecília Amendola da Motta, Secretária à época, tendo como objeto a aquisição de materiais esportivos e de educação física.

A 3ª Inspetoria de Controle Externo-ICE em sede de Análise Processual ANP nº 6536/ 2013, verificou a ausência de documentos obrigatórios para formalização dos autos, razão pela qual sugeriu a notificação da autoridade responsável para apresentar documentos faltantes e justificativas.

Nesse diapasão, os responsáveis foram devidamente intimados por meio dos Termos nº 3903 e 3904/2013, no qual foi juntado parcialmente aos autos os documentos e justificativas solicitadas.

O Gestor Público, após ser intimado para justificar ou encaminhar o referido documento, limitou-se a esclarecer que a Prefeitura Municipal de Campo Grande possui Banco de Dados denominado BDCOMPRAS, onde ficam registrados todos os preços das ultimas aquisições feitas e esses registros servem de parâmetro paras as aquisições seguintes.

Passo contínuo, a 3ª ICE constatou que o Jurisdicionado não elidiu os vícios outrora apontados ao reanalisar novos documentos e justificativas juntadas aos autos, em especial, no que tange a ausência da Pesquisa de Mercado.

Destarte, a Equipe Técnica entendeu pela Ilegalidade e a Irregularidade do Procedimento Licitatório e da Formalização da Nota de Empenho, sendo emitida Análise Conclusiva ANC nº 18313/2013.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas que exarou o Parecer nº 5057/2014, opinando:

Ante o exposto, este Ministério Público de Contas opina para que esta Corte de Contas adote o seguinte julgamento:

> **I** – Pela irregularidade e ilegalidade do Procedimento Licitatório da Nota de Empenho nº 128/ 2012, em face do descumprimento de intimação e ausência de documentos, nos termos do art. 59, Inciso III, da Lei Complementar nº 160/2012 e Instrução Normativa nº 035/2011;
>
> **II** – pela irregularidade e ilegalidade do Instrumento Contratual da Nota de Empenho nº 128/ 2012, em face do descumprimento de intimação e ausência de documentos, nos termos da Lei Federal nº 8666/93, art. 59, Inciso III da Lei Complementar nº 160/2012 e Instrução Normativa nº 035/2011;

**III** – Multa ao Ordenador de Despesas, (à época) Sra. Maria Cecília Amendola da Motta, portadora do CPF nº 724.551.958/72, em razão da ausência de documentos solicitados através de notificação, nos termos do art. 42, Inciso IV, da Lei Complementar nº 160/2012.

**IV** – Comunicar o resultado do julgamento aos interessados, na forma da lei.

É o Relatório.

**V O T O**

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa - Relator

Compulsando os autos, constatei a ausência do seguinte documento: Pesquisa de Mercado, infringindo o Anexo I, Capítulo III, Seção I, "B.1", Item 2 da Instrução Normativa TC/MS nº 35/2011.

No caso em baila, ao deixar de apresentar a documentação exigida relativa à 1ª fase, a Equipe Técnica da 3º ICE e o Douto Ministério Público de Contas concluíram que: "**A falta de apresentação de qualquer documento instruído em lei, vicia toda a licitação e, por conseguinte, o contrato dela derivado**" opinando pela Irregularidade e a Ilegalidade das 1º e 2º fases.

O Artigo 120 do Regimento Interno desta Corte de Contas ensina:

> Art. 120. O controle externo dos atos de contratação pública e de execução do objeto do contrato será exercido, pelo Tribunal, nos âmbitos das seguintes fases:
>
> **I** – primeira fase, no qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do procedimento:
>
> a) Licitatório, inclusive, conforme o caso, da formalização ou da adesão à ata de registro de preços;
>
> b) de Dispensa ou de Inexigibilidade de licitação;
>
> **II** – segunda fase, no qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do contrato administrativo firmado, quanto ao teor do seu termo ou do instrumento que o substitui, tal como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviços;
>
> **III** – terceira fase, na qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato....

Flertando o novo Regimento Interno nº 76/2013, clarividente reparar a inovação imposta na tramitação dos processos autuados nesta Corte de Contas separando-os em 3 (três) fases distintas para exame e julgamento da **REGULARIDADE** do Procedimento Licitatório, Formalização ou Adesão da Ata de Registro de Preços e Dispensa ou Inexigibilidade (1º fase); a Formalização do Contrato Administrativo ou demais Instrumentos Hábeis ou Congêneres (2º fase) e Execução Financeira do Instrumento (3º fase).

O novo Regimento Interno ao separar as fases de exame e julgamento em 3 (três) etapas distintas, reforça que este deveras incidir da matéria relativa à **REGULARIDADE** de cada etapa.

Em outras palavras, o Dispositivo Legal em comento trouxe apenas o Julgamento da matéria relativa à **REGULARIDADE** de cada uma das 3 (três) etapas, seja Procedimental, Formalização ou Execução do Instrumento Contratual ou congêneres, diferentemente do Antigo Regimento Interno que aplicava a Análise e Julgamento das 1º e 2º fases acerca da **REGULARIDADE e da LEGALIDADE**.

A primeira quer dizer **falha, falta, lapso, omissão**...; a segunda entrementes, **Nulidade.**

Nesse diapasão, por oportuno, o Artigo 49 da Lei Federal das Licitações crava:

> "Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razoes de interesse publico decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de oficio ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado."

É cediço, que a Autoridade somente poderá **REVOGAR** o Procedimento Licitatório para efeito de **Oportunidade e Conveniência** da Administração Pública com efeitos jurídicos *ex nunc.*

De outro norte, somente poderá **ANULAR** o Procedimento Licitatório caso seja verificado e testado a **ILEGALIDADE** dos atos sucessivos da sua construção, com efeitos jurídicos *ex tunc*.

Adiante o mesmo Ordenamento Jurídico Pátrio em seu § 2º assevera:

> "§ 2º A nulidade do procedimento licitatório induz ao contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do Artigo 59 desta lei."
>
> "Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos."

De mais a mais, recepcionando os entendimentos gramaticais, doutrinários e legais das expressões citadas, vejo que o julgamento da 1º fase (Procedimento Licitatório, dispensa, Inexigibilidade, Adesão e Formalização da Ata) não pode em hipótese alguma confundir-se com o julgamento da 2º fase (Formalização do Contrato Administrativo ou demais Instrumentos hábeis ou congêneres), bem como, mesmo que remota a confusão com a 3º fase (execução financeira do instrumento).

A Equipe Técnica da 3º ICE em sede de Análise Conclusiva e o Douto *Parquet* de Contas em seu respeitável Parecer opinou pela IRREGULARIDADE e a ILEGALIDADE das 1º e 2º fases, devido à ausência do documento obrigatório (Pesquisa de Mercado), relata ainda, que "**A falta de apresentação de qualquer documento instruído em lei, vicia toda a licitação e, por conseguinte, o contrato dela derivado**."

Em que pese o respeitável entendimento Ministerial, o Ordenamento Jurídico trouxe apenas a palavra “Regularidade” para análise da matéria, e foi considerado ambas as fases como uma Ilegalidade, vez que ao opinar pela Irregularidade e a Ilegalidade do Procedimento Licitatório, incitou tal entendimento na Formalização do Instrumento (Nota de Empenho).

Contrário Sensu foi utilizado os comandos do Artigo 49 da Lei Federal das Licitações, Anulando o Procedimento por alguma Ilegalidade e consequentemente, induzindo esta Anulação ao Contrato, em atenção ao § 2º deste Dispositivo.

Toda ilegalidade também é uma irregularidade, mas nem toda irregularidade é uma ilegalidade.

A Ilegalidade e a Irregularidade observada no Procedimento Licitatório (1º fase), neste caso, não podem ser contaminadas na Formalização do Instrumento Hábil (2º fase) como o próprio significado diz, a Irregularidade é uma falta, em sentido amplo, que pode resultar de negligência, imperícia, má-fé, etc., e a Ilegalidade é a ofensa ao Direito positivo, é uma Nulidade.

Por analogia, a Nulidade do Procedimento Licitatório que induz ao Contrato Administrativo só poderá ser realizada observada a Ilegalidade do Ato (art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93).

Tais considerações tem guarita em respeito aos Princípios da Legalidade, da Proporcionalidade e, em especial o da Razoabilidade, todos escancarados na *Lex Mater* de 1988, vez que a contratação é formalizada e concluída pelo responsável pelo Órgão, porém, nem todo Ato é realizado por este, ou seja, a omissão ou o descumprimento do envio do respectivo documento obrigatório nem sempre foi realizado diretamente pelo Chefe (responsável).

Nesse prisma, o Artigo 44 da Lei Complementar nº 160/2012 comenta *in verbis*:

> “Art. 44. No exercício de sua competência, o Tribunal pode aplicar as seguintes sanções:
>
> I - multas;
>
> II - .....;
>
> III - .....”

Nesse contexto, o Artigo 46 do mesmo Ordenamento Jurídico ensina:

> “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.”

Destarte, superados os fundamentos, impõem-se, entre outras medidas, a aplicação de multa ao responsável, cuja previsão está no art. Artigo 44, inciso I c/c o artigo 46, ambos da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o artigo 172, inciso I, alínea “b”, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

**DISPOSITIVO**

Mediante o exposto, acolhendo em parte a Análise feita pela Equipe Técnica competente e o Parecer do *Parquet* de Contas, voto:

**I** – pela irregularidade do Procedimento Licitatório (1ª fase), Carta Convite nº 896/2011, firmado entre a Secretaria Municipal de Educação de Campo Grande/MS e a empresa G & L Indústria e Comércio LTDA, pelo descumprimento do Ordenamento Jurídico quanto ao não encaminhamento de documentos obrigatórios (Pesquisa de Mercado), infringindo o Anexo I, Capítulo III, Seção I, "B.1", Item 2 da Instrução Normativa TC/MS nº 35/2011 c/c o Artigo 120, Inciso I, alínea "a" da Resolução Normativa nº 76/2013;

**II** – pela regularidade da Formalização da Nota de Empenho nº 128/2012(2ª fase) com fulcro no Artigo 120, Inciso II da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

**III** – pela aplicação de multa a responsável, Sra. Maria Cecília Amendola da Motta, Secretária à época, CPF inscrito sob o nº 724.551.958-72, no valor correspondente a 10 (dez) UFERMS, com supedâneo aos Princípios Constitucionais da Legalidade e o da Proporcionali-dade, ao Artigo 44, inciso I da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o Artigo 172, inciso I, alínea "b", da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013 pelo não encaminhamento de documentos obrigatórios em sede Procedimental;

**IV** – recomendo para que a responsável pela matéria, Sra. Maria Cecília Amendola da Motta, Secretária à época, bem como aquele que a sucedeu, realize as correções das impropriedades identificadas e observem com atenção aos Ordenamentos Jurídicos Pátrios que norteiam a Administração Pública, prevenindo futuras impropriedades semelhantes ou assemelhadas, visto que a Lei é inescusável, com supedâneo ao Artigo 172, Inciso IV, alíneas "a" e "b" da Resolução Normativa nº 76/2013;

**V** – pela concessão do prazo de 60 (sessenta) dias para que o responsável acima citado recolha o valor referente à multa junto ao FUNTC, comprovando nos autos no mesmo prazo, conforme o estabelecido no § 1º, incisos I e II do artigo 172 da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

**VI** – pela intimação**,** em conformidade com o artigo 50, da Lei Complementar nº 160/ 2012 c/c o artigo 94 da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013.

É como voto.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro relator e proferida nos sentidos de declarar a irregularidade do procedimento licitatório, com aplicação de multa e recomendação, bem como declarar a regularidade da formalização da Nota de Empenho de Despesa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros José Ricardo Pereira Cabral e Ronaldo Chadid.

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

Campo Grande, 9 de setembro de 2014.

**WALDIR NEVES BARBOSA**
Conselheiro Relator

**RONALDO CHADID**
Presidente da Primeira Câmara
Assinado nos termos do art. 14, parágrafo único, inc. II do RI (RN 76/2013)