DECISÃO SINGULAR DSG - G.JD - 6441/2016

PROCESSO TC/MS	:	TC/119684/2012
PROTOCOLO	:	1371264
ÓRGÃO	:	EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA
RESPONSÁVEL	:	JOSÉ CARLOS BARBOSA
CARGO DO RESPONSÁVEL	:	DIRETOR-PRESIDENTE À ÉPOCA
CONTRATADA	:	PROMINAS BRASIL EQUIPAMENTOS LTDA
TIPO DE PROCESSO	:	ORDEM EXTERNA DE SERVIÇO Nº 005/2012
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	:	INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO
OBJETO	:	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA SUBSTITUIÇÃO DO TANQUE DE 10.000 (DEZ MIL) LITROS DO EQUIPAMENTO SLM 080 – PROMINAS
VALOR	:	R$ 59.888,51
RELATOR	:	CONS. JERSON DOMINGOS

Versam os autos sobre o exame do procedimento de Inexigibilidade de Licitação (Processo Administrativo nº 489/2012), da formalização e execução financeira do instrumento substitutivo de contrato, Ordem Externa de Serviço nº 005/2012 (peça digital 14), firmado entre a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul Sociedade Anônima – SANESUL e a empresa Prominas Brasil Equipamentos Ltda., tendo por objeto a contratação de empresa para substituição do tanque de 10.000 (dez mil) litros do equipamento SLM 080 – Prominas do veículo de Placa HQU - 6173, no valor de R$ 59.888,51 (cinquenta e nove mil oitocentos e oitenta e oito reais e cinquenta e um centavos), com prazo de vigência de 05 (cinco) meses contados a partir da assinatura do instrumento contratual (25 de julho de 2012).

A 3ª Inspetoria de Controle Externo procedeu à análise dos autos e constatou a ausência de documentos, quais sejam, o atestado de exclusividade e a documentação de habilitação da empresa contratada, requerendo, na Análise Processual nº 745/2014 (peça digital 19), a intimação do Senhor José Carlos Barbosa, Diretor-Presidente à época, na forma regimental.

Devidamente intimado, por intermédio do Termo de Intimação nº 2326/2014 (peça digital 21), o responsável acostou nos autos, consoante peça digital 27, documentos e justificativas no intuito de sanar as irregularidades apontadas pela Equipe Técnica.

Ao depois, em análise conclusiva, "ANA-3ICE-7256/2015" (peça digital 29), a 3ª Inspetoria de Controle Externo opinou no seguinte sentido:

> 1 - pela **IRREGULARIDADE** da inexigibilidade de licitação e da formalização do instrumento contratual - Ordem Externa de Serviços nº 005/2012 – **(1ª e 2ª fases);**
> 2 - pela **REGULARIDADE** da execução financeira do objeto da contratação

(3ª fase).

Instado a manifestar-se, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer "PAR - MPC - GAB.5 DR.JOAOMJR - 10701/2016" (peça digital 32), opinou no sentido de que esta Corte de Contas adote o seguinte julgamento:

> 1 – pela ilegalidade e irregularidade da inexigibilidade de licitação, da formalização da Ordem Externa de Serviços nº 005/2012 e da execução, nos termos do art. 59, III da LC n. 160/12 c/c art. 120, I e II da Resolução Normativa n. 076/2013;
>
> 2 – pela aplicação de multa ao gestor, nos termos do art. 42, II e IV da LC n. 160/12, em razão da ausência de remessa dos documentos de habilitação da empresa contratada, apesar de intimado;
>
> 3 – pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados, na forma regimental.

É o relatório.

Passo a decidir.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o mérito da questão repousa na apreciação da contratação direta por Inexigibilidade de Licitação, da formalização e execução financeira da Ordem Externa de Serviço nº 005/2012, 1ª, 2ª e 3ª fases, conforme artigo 120, incisos I, II e III do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa TC/MS nº 76, de 11 de dezembro de 2013.

Pois bem, o Corpo Técnico, em apreciação às justificativas e documentos enviados pelo jurisdicionado, concluiu que, *in verbis*:

> Quanto ao Atestado de exclusividade, o jurisdicionado encaminhou o documento conforme fls. 05 da peça digital 27, sanando a irregularidade inicial.
>
> Quanto à documentação de habilitação da empresa Prominas Brasil Equipamentos Ltda, o jurisdicionado informa que a documentação não foi encaminhada tendo em vista que não foi realizado um procedimento licitatório, eis que tratada documentação só deve ser requisitada, conforme disposição do artigo 27 e parágrafos da Lei 8.666/93, não havendo amparo legal para a requisição *in casu*.
>
> Este, porém, não é o entendimento deste corpo técnico, senão vejamos:
>
> A regularidade fiscal se apresenta como corolário dos princípios da legalidade e da igualdade. Sua comprovação em relação às Fazendas Públicas tem a intenção de assegurar que a Administração contrate com uma empresa cumpridora das obrigações tributárias a todos impostas.

Corroborando com o entendimento da Equipe Técnica, observo que a verificação da regularidade fiscal busca assegurar a contratação de empresa cumpridora das obrigações tributárias a ela impostas, afastando a possibilidade de uma empresa em situação fiscal irregular vir a figurar como beneficiária de contrato entabulado com o ente público, o que representaria flagrante afronta ao Estado Democrático de Direito.

Nessa esteira, vale transcrever a ponderação de Renato Geraldo

Mendes e Nyura Disconzi da Silva[1], *in verbis*:

> O cumprimento das exigências de ordem fiscal não é faculdade atribuída aos administrados. É imperativo que atinja a todos, gostem ou não. Daí o qualificativo "imposto". (...) **a prova da regularidade fiscal deve ser exigida, também, nos casos de dispensa e inexigência, não se restringindo apenas ao procedimento da licitação**. Com base na argumentação acima exposta, **essa providência tem pertinência direta com o disposto no art. 26, parágrafo único, I, da Lei de Licitações e Contratos**.
>
> **Ora, se o fundamento da regularidade fiscal é, sem prejuízo de outros aspectos (tais como os de natureza patrimonial que a questão enseja), o princípio da igualdade, pouco importará o procedimento pré-contratual adotado.** *(grifos nossos)*.

Reforçando esse posicionamento, vale ressaltar a oportuna passagem de Marçal Justen Filho[2], ao discorrer sobre o prescrito no parágrafo 1º do artigo 32 da Lei de Licitações, que prevê a possibilidade de dispensa, no todo ou em parte, da documentação inserta nos artigos 28 a 31, nos casos de Convite, Concurso, Fornecimento de Bens para Pronta Entrega e Leilão, *in verbis*:

> Ressalte-se que o dispositivo silenciou sobre as hipóteses de contratação direta, o que permite induzir que a **dispensa ou inexigibilidade não eliminará o dever de verificação dos requisitos de habilitação, ressalvadas as hipóteses enquadradas nos incisos I e II do art. 24**. Uma ilação inafastável é a de que **a contratação direta não importa, de modo mecânico, a dispensa de comprovação dos requisitos de habilitação. Ou seja, os mesmos fundamentos que impõem a verificação da idoneidade daquele que participa de uma licitação também se aplicam no caso de contratação direta** *(grifos nossos)*.

Por fim, destaca-se, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas da União nos acórdãos a seguir, nos quais se evidencia a obrigatoriedade da análise da habilitação e, por conseguinte, da regularidade fiscal do interessado previamente à formalização do contrato, em que foi determinado, *verbis*:

> (...) à Escola Agrotécnica Federal de São Cristóvão — EAFSC, em Sergipe que:
>
> (...)
>
> 1.21 — **anexe aos processos de dispensa de licitação, como condição indispensável para habilitação das empresas, e aos processos de pagamento nas aquisições de bens e serviços a documentação que demonstre a regularidade da empresa com a Seguridade Social, FGTS e Fazenda Federal**, sendo que, no caso de verificação da regularidade por meio de consulta ao SICAF, observe o disposto no item 8.8 da IN/MARE n. 05/95, que estabelece a obrigatoriedade de que a consulta, realizada

[1] MENDES; SILVA. A habilitação nos procedimentos da dispensa e inexigência de licitação. Informativo Licitações e Contratos — ILC, n. 62, abr/1999, p. 252-253.
[2] JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 354.

> previamente à contratação e antes de cada pagamento a ser feito ao fornecedor, deve ser impressa e anexada aos autos do respectivo processo; (...) (AC-0611-06/08-1 — Relator: Ministro Valmir Campelo — Sessão: 11/3/08) *(grifos nossos)*.
>
> (...) **exija**, no ato da assinatura do contrato e a cada pagamento referente a ajuste de execução continuada ou parcelada, a **comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, para com o FGTS e para com a Fazenda Federal**, nos termos do art. 195, § 3°, da Constituição Federal e dos arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei n. 8.666/1993; (...) (AC-1349-13/08-1 — Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa — Sessão: 29/04/08) *(grifos nossos)*.

Portanto, concluo que é obrigatória a comprovação da regularidade do contratado para com a Fazenda federal, estadual e municipal nos casos de Dispensa e Inexigibilidade de processo licitatório, em respeito aos princípios da igualdade e da legalidade, insertos no artigo 5°, *caput*, e artigo 37, *caput*, da Constituição da República e ao disposto no artigo 26, parágrafo único, da lei nº 8.666/93.

Quanto à execução financeira da contratação em epígrafe, constato que a despesa foi devidamente empenhada, liquidada e paga dentro dos ditames estabelecidos nos artigos 62 a 65 da Lei Federal nº 4.320, de 17 de março de 1964, e está igualmente em consonância com a Instrução Normativa TC/MS nº 35/2011, tendo sido comprovada integralmente no valor de R$ 59.888,51 (cinquenta e nove mil oitocentos e oitenta e oito reais e cinquenta e um centavos).

Ante o exposto, considerando a Análise elaborada pelo Corpo Técnico da 3ª Inspetoria de Controle Externo, e acolhendo parcialmente o r. Parecer exarado pelo douto Ministério Público de Contas, tendo em vista que os julgamentos das primeira, segunda e terceira fases são juridicamente distintos, de acordo com o artigo 120, parágrafo 1º, do Regimento Interno desta Corte de Contas, **DECIDO:**

1. Pela **IRREGULARIDADE** da contratação direta por Inexigibilidade de Licitação (Processo Administrativo nº 489/2012) e da formalização do instrumento substitutivo de contrato, Ordem Externa de Serviço nº 005/2012, firmado entre a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul Sociedade Anônima e a empresa Prominas Brasil Equipamentos Ltda., tendo por objeto a contratação de empresa para substituição do tanque de 10.000 (dez mil) litros do equipamento SLM 080 – Prominas, tendo em vista a não comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada, em desrespeito aos princípios da igualdade e da legalidade, insertos no artigo 5°, *caput*, e artigo 37, *caput*, da Constituição da República e ao disposto no artigo 26, parágrafo único, da lei nº 8.666/93, com fulcro no artigo 120, incisos I e II da Resolução Normativa TC/MS nº 76, de 11 de dezembro de 2013 c/c o artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160, de 02 de janeiro de 2012;
2. Pela **REGULARIDADE** da execução financeira da Ordem Externa de Serviço

nº 005/2012, nos termos do artigo 120, inciso III da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013 c/c o artigo 59, I, da Lei Complementar nº 160/2012;

3. Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** no valor de 50 (cinquenta) UFERMS ao responsável, Senhor José Carlos Barbosa, Diretor-Presidente da SANESUL à época dos fatos, CPF inscrito sob o n.º 280.219.081-49, em razão da não exigência da comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada, incorrendo, assim, em infração à norma legal, com fulcro nos artigos artigo 42, inciso IX, 44, inciso I, e 45, inciso I, todos da Lei Complementar Estadual nº 160/2012 c/c o artigo 172, inciso I, alínea "b", da Resolução Normativa n.º 76/2013;
4. Pela **CONCESSÃO DO PRAZO** de 60 (sessenta) dias, para que o responsável acima citado efetue o recolhimento do valor correspondente à multa em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul – FUNTC, nos termos do artigo 172, parágrafo 1º, incisos I e II, da Resolução Normativa n.º 76/2013, e, no mesmo prazo, comprovar o recolhimento nestes autos, sob pena de cobrança judicial;
5. Pela **RECOMENDAÇÃO** ao responsável, ou a quem o haja sucedido ou venha a sucedê-lo no cargo, para que passe a exigir à documentação referente à regularidade fiscal na fase de habilitação de qualquer modalidade licitatória, inclusive nos casos de Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, de modo a prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas;
6. Pela **INTIMAÇÃO** dos interessados acerca do resultado deste julgamento, com base no artigo 50, da Lei Complementar nº 160/2012.

É a decisão.

Determino que se remetam os autos ao Cartório para providências regimentais.

Campo Grande/MS, 18 de julho de 2016.

JERSON DOMINGOS
CONSELHEIRO RELATOR

jfc