Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 1375/2015

PROCESSO TC/MS	: TC/20923/2012
PROTOCOLO	: 1274015
ÓRGÃO	: SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRAESTRUTURA, :TRANSPORTE E HABITAÇÃO DE CAMPO GRANDE/MS
ORDENADOR DE DESPESA	: JOÃO ANTÔNIO DE MARCO
CARGO DO ORDENADOR (A)	: SECRETÁRIO MUNICIPAL
INTERESSADO (A)	: COMERCIAL TUCANO LTDA
ADVOGADO (A)	:
TIPO DE PROCESSO	: NOTA DE EMPENHO Nº 544/2012
OBJETO	: REVISÃO DE SISTEMAS ELÉTRICOS
VALOR DO CONTRATO	: R$ 78.900,00
RELATOR (A)	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - CONVITE - FALTA DE DOCUMENTO - PRÉVIA PESQUISA DE PREÇOS – IRREGULARIDADE - NOTA DE EMPENHO DESPESA – EMISSÃO – REGULARIDADE - INFRAÇÃO – PENALIDADE - RECOMENDAÇÃO - REFORÇO DA DECLARAÇÃO DE IRREGULARIDADE E DA SANÇÃO - FINALIDADE PREVENTIVA.

É irregular o procedimento licitatório quando faltantes os documentos relativos à prévia pesquisa de preços. É regular o ato administrativo de emissão de nota de empenho de despesa. Caracterizado o fato típico da infração, ao seu autor deve ser infligida a penalidade cabível. Recomenda-se ao gestor que 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 declarar a irregularidade do procedimento licitatório, com aplicação de multa e recomendação, bem como pela regularidade da formalização da nota de empenho.

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

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 544/2012 (2ª fase), Carta Convite nº 32/2012, firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação de Campo Grande/MS e a empresa Comercial Tucano LTDA., sob a responsabilidade do Sr. João Antônio de Marco, Secretário à época, tendo como objeto revisão de sistema elétrico.

A 3ª Inspetoria de Controle Externo-ICE em sede de Análise Processual ANP nº 4544/ 2013, verificou a ausência de documentos obrigatórios para formalização dos autos, quais sejam:

-Ausência da pesquisa de mercado, infringência do Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item “1”, letra “B” “2” da Instrução Normativa TC/MS nº 35/11;

-Ausência da Certidão Negativa Trabalhista, das empresas habilitadas do Certame, Artigo 29, Inciso V da Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações.

Nesse diapasão, os responsáveis foram devidamente intimados por meio dos Termos nº 1344 e 1345/2013, no qual foi juntado parcialmente aos autos os documentos e justificativas solicitadas.

No que se refere da ausência da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (Artigo29, Inciso V da Lei Federal das Licitações inserido pela Lei Federal nº 12.440/2011) que trata da documentação de habilitação relativa à regularidade fiscal das empresas habilitadas no Certame, fundamentou-se pela permissão de dispensa na habilitação no caso de Convite, conforme preceitua o artigo 32, § 1, da Lei Federal nº 8.666/93 que dispõe: “A documentação de que tratam os artigos 28 a 31 desta lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão”.

Portanto, sem delongas, no caso da modalidade Convite, a Administração Pública tem a **faculdade** de apresentar os documentos exigidos nos Artigos 28 a 31 da Lei Federal das Licitações, sendo assim neste caso, a dispensa da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

De outro norte no que tange a ausência da Pesquisa de Mercado, 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 15499/2013, siga:

> Ex. Positis, com supedâneo aos Artigos 311, Inciso I e 312, Inciso II, primeira parte, ambos da Resolução Normativa TC/MS nº 57/06, entendemos pela IRREGULARIDADE e a ILEGALIDADE do Procedimento Licitatório e da Formalização do Empenho (1º fase).
>
> Destarte, consoante Artigo 308 do mesmo Ordenamento Jurídico, encaminhamos o presente Caderno Processual com apreço ao Douto MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS para que proceda que o caso requer.

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público de Contas que exarou o Parecer nº 6650/2014, 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 544/ 2012, em face do descumprimento de intimação e ausência de documentos, infringência ao 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 544/ 2012, em face do descumprimento de intimação e ausência de documentos, infringência ao art. 59, Inciso III da Lei Complementar nº 160/2012 e Instrução Normativa nº 035/2011;
>
> III – Multa ao Ordenador de Despesas, (à época) Sr. João Antônio De Marco, portador do CPF nº 200.380. 469-20, em razão da ausência de documentos solicitados através de intimação e infringência art. 42, Inciso IV, e art. 44, Inciso I ambos 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

Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Compulsando os autos, constatei e ratifiquei 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, considerando 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;

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 pelo desrespeito ao Ordenamento e a omissão no envio dos documentos obrigatórios, 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

Ex Positis, 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 32/2011, firmado entre a Secretaria Municipal de Infraestrutura, Transporte e Habitação de Campo Grande/MS e a empresa Comercial Tucano LTDA, sob a responsabilidade do Sr. João Antônio de Marco, Secretário Municipal à época, tendo como objeto revisão de sistema elétrico, 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 544/2012(2ª fase) com fulcro no Artigo 120, Inciso II da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

III – pela aplicação de multa ao responsável, Sr. João Antônio de Marco, Secretário Municipal à época, CPF inscrito sob o nº 720.380.469-20, no valor correspondente a 10 (dez) UFERMS, com supedâneo aos Princípios Constitucionais da Legalidade e o da Proporcionalidade, 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 076/2013 pelo não encaminhamento de documentos obrigatórios em sede Procedimental;

IV – recomendo para que o responsável pela matéria, Sr. João Antônio de Marco, Secretário Municipal à época, bem como aquele que o 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 do resultado deste julgamento aos interessados nos termos do Artigo 50 da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o Artigo 94 da Resolução Normativa TC/MS nº 76/ 2013 e Artigo 5º, Inciso LV da *Lex Mater* de 1988.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro relator em declarar a irregularidade do procedimento licitatório, com aplicação de multa e recomendação, bem como pela regularidade da formalização da nota de empenho.

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)