ACÓRDÃO - AC00 - 2229/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/1542/2014
PROTOCOLO	: 1472185
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE PEDRO GOMES
DENUNCIANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – JOÃO ALBINO CARDOSO FILHO PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE PEDRO GOMES - MARCOS MARTINS DE BRITO
JURISDICIONADO	: FRANCISCO VANDERLEY MOTA,
ADVOGADO	: DENISE CRISTINA ADALA BENFATTI LEITE – OAB/MS 7.311
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: REPRESENTAÇÃO – MUNICÍPIO – CONTRATAÇÃO PÚBLICA – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SONORIZAÇÃO EM EVENTOS PÚBLICO – EXAME DA LICITAÇÃO E CONTRATOS – FALHAS CONTRATUAIS E EXECUTÓRIAS – PREVISÃO NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUE LIMITA A PARTICIPAÇÃO DE INTERESSADOS REGULARMENTE CADASTRADOS NO MUNICÍPIO – RESTRIÇÃO DA COMPETITIVIDADE – CONTAMINAÇÃO DOS TRÊS CONTRATOS DECORRENTES – NOTAS DE EMPENHO COM ATRASO APÓS A CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS – AUSÊNCIA DE PARTE DOS RELATÓRIOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – PROCEDÊNCIA – MULTAS – INCOMPATIBILIDADE ENTRE OS PRAZOS DE VIGÊNCIA ESTABELECIDOS NOS TRÊS CONTRATOS E O PRAZO FIXADO NO EDITAL – ERRO FORMAL – ELABORAÇÃO DE TERMOS DE RESCISÃO AMIGÁVEL DOS CONTRATOS SEM A APRESENTAÇÃO DO MOTIVO – RECOMENDAÇÃO.

1. A previsão no instrumento convocatório do pregão que limita a participação na licitação a interessados regularmente cadastrados no Município caracteriza cláusula restritiva não albergada pela Lei nº 10.520/2002, sendo obrigatória apenas na modalidade licitatória Tomada de Preços e facultativa para o Convite, conforme §§ 2º e 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993. O cadastramento, que inibiu a participação de outros interessados não cadastrados, restringindo a competitividade do certame, ofende os princípios da isonomia e da proposta mais vantajosa para a administração, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e motiva a aplicação de multa ao responsável.

2. A ilegalidade da licitação contamina os três contratos decorrentes que analisados, nos termos do § 2º do art. 49, mas não sustenta a imposição de penalidade, a fim de se evitar o “bis in idem”.

3. A emissão de Notas de Empenho com atraso, após a celebração dos contratos, contraria flagrantemente os artigos 58 e 70 da Lei nº 4.320/1964, sendo inaceitável, em matéria de despesa pública orçamentária, que os valores para cobrir os dispêndios

não estejam assegurados, prévia ou ao menos concomitantemente, por ocasião da assinatura dos contratos, o que sustenta a aplicação de multa ao responsável.

4. Evidencia irregularidade a realização de pagamentos sem a apresentação de Relatórios de Prestação de Serviços em contrariedade ao edital, mas a ausência de prova de falta de prestação de serviços afasta a impugnação da despesa. A "nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado", nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Não pode haver enriquecimento sem causa da administração.

5. A execução financeira feita nos termos da Lei nº 4.320/64, demonstrando consonância de valores empenhados, liquidados e pagos, evidencia regularidade financeira, mas a ausência de parte dos Relatórios de Prestação de Serviços atrai a sanção de multa.

6. Considera-se a incompatibilidade entre os prazos de vigência estabelecidos nos três contratos e o prazo fixado no Edital como erro formal, visto que pode ser sanado pela própria administração, diante da previsão da possibilidade de prorrogação, o que atrai a recomendação ao jurisdicionado.

7. A elaboração dos Termos de Rescisão Amigável dos contratos com fundamentação legal, mas sem a apresentação do motivo, merece ser considerada como falha formal, por se tratar de extinção contratual com a concordância da empresa, sem vislumbrar qualquer prejuízo ou potencialidade de dano para a administração pública, para a qual é suficiente a recomendação ao jurisdicionado, em conformidade com o Princípio da Razoabilidade.

8. Procedência da Representação, e irregularidade da licitação na modalidade Pregão Presencial, em razão da restrição à competitividade prevista no Edital, e dos Contratos especificados, por contaminação, das Notas de Empenho emitidas com atraso e ausência de parte dos Relatórios de Prestação de Serviço, com aplicação de multa ao responsável em decorrência das irregularidades elencadas e recomendação ao atual gestor para que nas contratações futuras observe com rigor a compatibilidade entre as cláusulas do Edital e do Contrato, a fim de evitar os erros apontados e que sempre exponha a motivação quando elaborar Termos de Rescisão Contratual.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 6 a 9 de dezembro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **procedência** da **Denúncia/Representação** feita pelo **Ministério Público Estadual** em face do responsável à época pela **Prefeitura Municipal de Pedro Gomes/MS**; pela **irregularidade** da licitação na modalidade **Pregão Presencial nº 12/2013**, em razão da restrição à competitividade prevista no item 3.1 do Edital, e dos **Contratos nº 45/2015, 46/2016 e 47/2017**, por contaminação, conforme determinado pelo § 2º

do art. 49 da Lei nº 8.666/93, das **Notas de Empenho** emitidas com atraso e ausência de parte dos Relatórios de Prestação de Serviço; pela **aplicação de multa** no montante de **110 (cento e dez) UFERMS** ao responsável à época, Sr. **Francisco Vanderley Mota**, em decorrência das irregularidades acima elencadas, devendo fazer o recolhimento no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias em favor do FUNTC, e, no mesmo prazo, comprovar nos autos, sob pena de cobrança judicial; e pela **recomendação** ao atual gestor para que nas contratações futuras observe com rigor a compatibilidade entre as cláusulas do Edital e do Contrato, a fim de evitar os erros apontados nos itens 3 e 6, e que sempre exponha a motivação quando elaborar Termos de Rescisão Contratual, achado referente ao item 4; e pela **retirada do caráter sigiloso** (peça 61).

Campo Grande, 9 de dezembro de 2021.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Trata-se de **Denúncia/Representação** formulada pelo **Ministério Público Estadual** em face do responsável à época pelo **Município de Pedro Gomes/MS**, por supostas irregularidades, as quais não especifica, no **Pregão Presencial nº 12/2013** e os respectivos **Contratos nº 45, 46 e 47**, todos de 2013, referentes à prestação de serviços de sonorização de eventos, no valor total de **R$ 49.800,00** (quarenta e nove mil e oitocentos reais).

O expediente foi recebido pelo presidente deste Tribunal de Contas (peça 1), por considerar preenchidos os requisitos e se tratar de assunto de competência desta Corte, encaminhando os autos à Assessoria Jurídica e a este Conselheiro Relator.

A Assessoria Jurídica desta Corte de Contas opinou pela realização de inspeção na Prefeitura de Pedro Gomes (peça 6).

O Conselheiro Relator encaminhou o processo à Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (peça 7), que, após intimação e resposta do jurisdicionado, considerou estarem comprovadas diversas ilegalidades, manifestando-se pela procedência da denúncia/representação, irregularidade da licitação e respectivos contratos, bem como da execução financeira e pela glosa/impugnação de **R$ 32.475,00** (peça 33).

Em seu parecer conclusivo, **PAR-1ªPRC-9886/2020**, o Ministério Público de Contas seguiu o mesmo entendimento da Divisão Especializada (peça 34).

Em sua resposta às manifestações dos órgãos técnicos, o jurisdicionado apresentou suas justificativas, colacionou documentos e pediu a improcedência da denúncia/representação (peças 56-58).

É o relatório. Passo à fundamentação.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Inicialmente, esclarece-se que foram observadas as disposições descritas no art. 126 e seguintes do RITCE/MS, passando-se ao exame das irregularidades apontadas, tendo em vista a presença dos elementos necessários nestes autos.

Antes, porém, é preciso esclarecer que este Relator optou pelo exame em separado da licitação, mas em conjunto dos Contratos nº 45/2013, 46/2013 e 47/2013, inclusive das respectivas execuções financeiras, em razão da responsabilidade caber a um único gestor à época, o ex-prefeito Francisco Vanderley Mota, e as falhas contratuais e executórias se repetirem nos três ajustes, com apenas uma exceção (Contrato nº 47/2013 prevê atendimento do Departamento de Esportes, mas o Edital que o beneficiário seria o Fundo Municipal de Saúde).

Essa metodologia adotada evita, caso sejam confirmadas as irregularidades, que o gestor sofra sanções desproporcionais, já que na prática poderia ter sido formulado apenas um contrato com o Município de Pedro Gomes, embora com fontes de recursos e órgãos municipais beneficiários diferenciados.

Na aplicação de qualquer penalidade é preciso levar em conta que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, abusa de termos como “necessidade e adequação da medida imposta” (Parágrafo único do art. 20), “modo proporcional e equânime” (Parágrafo único do art. 21) ou “natureza e gravidade da infração” e “circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente” (§ 2º do art. 22).

Essa homenagem ao **Princípio da Proporcionalidade** também foi destacada na nova Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, inclusive adotando o **Formalismo Moderado**.

Superado o primeiro aspecto quanto à Denúncia/Representação, observo que o principal problema a ser resolvido neste processo é se há licitude ou não na conduta da administração pública de **limitar a participação na licitação** a interessados regularmente cadastrados no Município de Pedro Gomes. É o que se vê no item 3.1 do Edital (fl. 220), a seguir reproduzido (grifo nosso):

> *3.1.* ***Poderão participar do certame licitatório, interessados*** *comprovadamente do ramo correlacionado ao objeto desta licitação,* ***regularmente cadastrados neste município*** *e que satisfaçam as condições exigidas no presente edital e seus anexos, parte integrante deste edital.*

Há aqui patente ofensa à legislação, pois, como bem apontou a Divisão Especializada, trata-se de **cláusula restritiva** não albergada pela Lei nº 10.520/2002, estando prevista como obrigatória apenas na modalidade licitatória Tomada de Preços e facultativa para o Convite, conforme §§ 2º e 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93.

Corrobora esse entendimento, também apoiado pelo Ministério Público de Contas, o fato de que apenas uma empresa, Gelson Divino da Silva ME, participou dessa licitação, conforme a Ata de Sessão Pública do Pregão Presencial nº 12/2013 (fl. 262).

Exigindo-se o cadastramento, inibiu-se a participação de outros interessados, não cadastrados, **restringindo a competitividade** do certame, com ofensa, ainda, aos **princípios da isonomia e da proposta mais vantajosa** para a administração, previstos no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Aqui cabe **aplicação de multa** de 50 UFERMS.

Restando, portanto, caracterizada a ilegalidade da licitação, **os três contratos acabam sendo contaminados pelo vício**, nos termos do § 2º do art. 49, que diz, textualmente, que "a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato". Deixo, porém, de aplicar sanção aqui para evitar o "*bis in idem*".

Não obstante, outras irregularidades, abrangendo os três contratos e respectivas execuções financeiras, foram suscitadas pela Divisão Especializada, com a concordância do *Parquet*, e que precisam ser analisadas individualizadamente. São elas:

> ***1 -*** *O prazo de vigência da contratação foi avençado na cláusula quinta (fls. 284, 289 e 293), cujo período vai de sua assinatura,* ***10/04/2013, até 10/04/2014****. No entanto o item 11.1 do edital estabelecia que a vigência do contrato seria até o dia* ***31 de dezembro****, a contar da data da assinatura (fl. 228).*
>
> ***2 -*** *Não foram encaminhadas cópias das publicações dos extratos dos contratos, contrariando o determinado pelo parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/1993.*
>
> ***3 –*** *Notas de Empenho foram emitidas de forma atrasada, posto que com 12, 13 e 36 dias após a formalização dos contratos (fls. 297, 345 e 503), contrariando o disposto nos artigos 58 e 70 da Lei nº 4.320/64.*
>
> ***4 -*** *Termos de rescisão contratual amigável sem apresentação da motivação.*
>
> ***5 –*** *Ilegalidade da* ***Execução Financeira*** *em razão de pagamentos realizados sem a apresentação de* ***Relatórios de Prestação de Serviços****, contrariando o item 12.2 do Edital, devendo ser feita* ***glosa/impugnação de R$ 32.475,00****.*
>
> 6 – No Contrato nº 47/2013, a cláusula primeira que determina o objeto do contrato estabelece que o serviço de sonorização deverá atender às necessidades do **Departamento de Esportes** (fl. 292). No entanto no item 2.1 do edital que descreve o objeto não está previsto que o Departamento de Esportes faria parte do procedimento licitatório, mas sim o **Fundo Municipal de Saúde** (fl. 219).

O **item 1** acima trata da incompatibilidade entre os prazos de vigência estabelecidos nos três contratos (10/04/2013 a 10/04/2014) e o fixado no Edital do Pregão (até 31/12/2013). Aqui, contudo, tivemos apenas um erro formal, visto que poderia ser sanado pela própria administração, tendo em vista que o item 11.1 do Edital também prevê a possibilidade de prorrogação. Neste ponto basta **recomendação** ao jurisdicionado para evitar erros que tais.

A irregularidade apontada no **item 2** foi **superada** em decorrência da resposta do jurisdicionado, com a qual juntou os comprovantes de publicação dos extratos dos três contratos no Diário Oficial (peça 58).

Quanto ao **item 3**, relativo à emissão de Notas de Empenho com atraso, após a celebração dos contratos, cabe sanção a conduta do responsável, por contrariar flagrantemente os artigos 58 e 70 da Lei nº 4.320/64.

Aliás, o próprio jurisdicionado, em sua resposta (peça 56), admite a falha. Inaceitável, em matéria de despesa pública orçamentária, que os valores para cobrir os dispêndios não estejam assegurados, prévia ou ao menos concomitantemente, por ocasião da assinatura dos contratos. Estabeleço **multa** de 30 UFERMS.

A regra geral é que os atos administrativos e decisórios sejam fundamentados.

No **item 4**, o jurisdicionado elaborou Termos de Rescisão Amigável dos três contratos, com fundamentação legal, porém sem apresentar o motivo. Como tratou-se de extinção contratual com a concordância da empresa, não se vislumbra nenhum prejuízo ou potencialidade de dano para a administração pública. Vê-se, portanto, que tratou-se apenas de uma falha formal, sendo suficiente fazer **recomendação** ao jurisdicionado, em vez de aplicar multa, em conformidade com o **Princípio da Razoabilidade**.

O **item 5** propõe o julgamento pela irregularidade da **Execução Financeira** dos três contratos em razão de pagamentos realizados sem a apresentação de **Relatórios de Prestação de Serviços**, contrariando o item 12.2 do Edital, com a **glosa/impugnação de R$ 32.475,00**.

Assiste razão à equipe técnica e ao Ministério Público de Contas quanto à irregularidade pela falta de alguns dos Relatórios de Prestação de Serviços, mas não em relação à impugnação proposta. Isto porque os serviços foram efetivamente prestados, conforme as Notas Fiscais, com atesto de quitação pela administração municipal.

Não existe prova em sentido contrário nestes autos de que os serviços não foram prestados. Assim, **incabível a glosa/impugnação sugerida**.

Insta reconhecer que a "**nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado**", nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei nº 8.666/93. Não pode haver enriquecimento sem causa da administração.

Além disso, toda a execução financeira foi feita nos termos da Lei nº 4.320/64, havendo consonância de valores empenhados, liquidados e pagos. Mesmo no caso do Contrato nº 47/2013, **houve regularidade financeira**, posto que o jurisdicionado juntou em sua resposta toda a documentação necessária (peça 57).

Subsistiu apenas a irregularidade referente à ausência de parte dos Relatórios de Prestação de Serviços, pelo que fixo **multa** no montante de 30 UFERMS.

Por fim, o **item 6** traz mais uma falha formal, revelando divergência entre Edital e o Contrato nº 47/2013 quanto ao órgão beneficiário dos serviços de sonorização, Departamento de Esportes ou Fundo Municipal de Saúde. Assim como apontado na análise do item 4, basta **recomendação** ao jurisdicionado para que tenha maior acuidade na elaboração dos documentos licitatórios e contratos.

Não há dolo na conduta ou prejuízo ao erário, mas apenas falta de atenção e ausência da boa rotina de reexame de trabalhos realizados, num cenário de segregação de funções.

Assim, analisados todos os itens e feita a dosimetria das sanções nos parágrafos acima, que **totaliza 110 UFERMS**, tem-se que deve ser dada procedência à Denúncia/Representação, com declaração de irregularidade da licitação e dos três contratos.

Como não houve decretação de sigilo neste processo (peça 1), a continuidade de sua tramitação, em caso de recurso ou pedido de revisão, deve continuar sendo pública.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, subsidiado pela análise da equipe técnica e acolhendo parcialmente o parecer do Ministério Público de Contas, **VOTO**:

I- Pela **PROCEDÊNCIA** da Denúncia/Representação feita pelo **Ministério Público Estadual** em face do responsável à época pela **Prefeitura Municipal de Pedro Gomes/MS**;

II- pela **IRREGULARIDADE** da licitação na modalidade **Pregão Presencial nº 12/2013**, em razão da restrição à competitividade prevista no item 3.1 do Edital, e dos **Contratos nº 45/2015, 46/2016 e 47/2017**, por contaminação, conforme determinado pelo § 2º do art. 49 da Lei nº 8.666/93, das **Notas de Empenho** emitidas com atraso e ausência de parte dos Relatórios de Prestação de Serviço;

III- pela **APLICAÇÃO DE MULTA** no montante de **110 (CENTO E DEZ) UFERMS** ao responsável à época, Sr. **Francisco Vanderley Mota**, CPF nº 273.199.541-68, em decorrência das irregularidades acima elencadas, devendo fazer o recolhimento no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias em favor do Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas - FUNTC, e, no mesmo prazo, comprovar nos autos, sob pena de cobrança judicial;

IV- pela **RECOMENDAÇÃO** ao atual gestor para que nas contratações futuras observe com rigor a compatibilidade entre as cláusulas do Edital e do Contrato, a fim de evitar os erros apontados nos itens 3 e 6, e que sempre exponha a motivação quando elaborar Termos de Rescisão Contratual, achado referente ao item 4;

V- pela **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e demais interessados, nos termos do art. 50, I e II, da Lei Complementar nº 160/2012, inclusive com informação ao **Ministério Público Estadual** quando transitar em julgado este processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela procedência da Denúncia/Representação, pela irregularidade da licitação, dos contratos e da licitação, pela aplicação de multa ao responsável, e pela recomendação ao atual gestor.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros; Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Flávio Kayatt e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel (em Substituição Legal do Conselheiro Marcio Campos Monteiro).

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

Campo Grande, 9 de dezembro de 2021.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

MSS / VAB/dssm