Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 2207/2017

PROCESSO TC/MS	**:** TC/11903/2014
PROTOCOLO	**:** 1518663
TIPO DE PROCESSO	**:** CONTRATO ADMINISTRATIVO
ÓRGÃO	**:** CÂMARA MUNICIPAL DE DOURADOS
JURISDICIONADO	**:** IDENOR MACHADO
INTERESSADO	**:** COMUNIART COMUNICAÇÃO & MARKETING LTDA. – EPP
VALOR	**:** R$ 1.565.044,68
RELATOR	**:** CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL

EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA – SERVIÇOS DE PLANEJAMENTO, EXECUÇÃO EXTERNA E DE PUBLICIDADE – CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE CONTRÁRIAS À LEI – IRREGULARIDADE – MULTA – CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMO ADITIVO – PRORROGAÇÃO DE PRAZO – ACRÉSCIMO DE VALOR – FORMALIZAÇÃO – REGULARIDADE.

É irregular o procedimento licitatório em que se verifica no edital a existência de cláusulas restritivas a competitividade e de possibilidade de seleção da proposta mais vantajosa ao poder público, o que caracteriza infração e enseja a aplicação de multa ao gestor.

É regular a formalização do contrato administrativo e de termo aditivo que demonstra a clareza, legalidade e objetividade das suas cláusulas.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 13ª Sessão Ordinária, da Primeira Câmara, de 27 de junho de 2017 , ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, pela irregularidade do procedimento licitatório, na modalidade Concorrência n. 1/2014, em razão dec exigência de critérios ilegais para participação no certame, pela regularidade, do Contrato Administrativo n. 9/2014, e o 1º Termo Aditivo celebrado entre a Câmara Municipal de Dourados e a Comuniart Comunicação & Marketing Ltda. – EPP, pela aplicação de multa ao Sr. Idenor Machado no valor equivalente o de 400 (quatrocentas) UFERMS.

Campo Grande, 27 de junho de 2017.

Conselheiro **José Ricardo Pereira Cabral –** Relator

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral- Relator

A matéria dos autos trata das peças que envolvem o Contrato Administrativo n. 9/2014 (resultado da Concorrência n. 1/2014 – pç. 1, fls. 1-62), celebrado entre a Câmara Municipal de Dourados e a Comuniart Comunicação & Marketing Ltda - EPP, para "executar um conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação" (fl. 280).

Após o envio da cópia do contrato celebrado e diante da ausência de diversos documentos, o presidente na época foi intimado para apresentá-los, conforme relação contida no termo de Intimação nº 7522/2015 (pç. 21, fls. 322-323), que, em resposta, apresentou os documentos de fls. 467-485.

Sob análise (ANA 26599/2015, pç. 27, fls. 308-315), a equipe técnica da 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ª ICE) concluiu pela irregularidade do procedimento licitatório e regularidade da contratação e do 1º Termo Aditivo ao Contrato, uma vez que ficou apurada a existência das seguintes falhas no certame:

> *a) Exigência no edital licitatório de comprovação de filiação ou associação ao Sindicato das Agências de Propaganda de sua base territorial ou à Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP (item 2.10, letra "a", e 8.4, letra "c" – peça nº 5, fls. 3 e 11) como condição para a participação no processo licitatório, em ofensa aos artigos 5º, inciso XX, e 8º, inciso V da Constituição Federal, ao art. 30, § 5º da Lei nº 8.666/93, aos princípios da isonomia e competitividade. Neste mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.521/2003-TCU-1ª Câmara) e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Súmula TCESP nº 18); e*
>
> *b) Exigência de constituição ou instalação de estrutura administrativa ("escritório completo", item 2.10, letra "g" e item 8.5.1, letra "g" – peça nº 5, fls. 3 e 12) pelo contratado exclusivamente no município de Dourados, em ofensa ao art. 3º, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93.*

Por sua vez, o representante do Ministério Público de Contas (MPC) emitiu o Parecer PAR-13032/2016 (pç. 31, fls. 600-601), opinando do seguinte modo:

> *"1. Pela ilegalidade e irregularidade do procedimento licitatório (1ª etapa) e da formalização contratual (2ª etapa), nos termos do Inciso I e II, do Artigo 120, da RN/TCE/MS nº 076/2013;*
>
> *2. Pela ilegalidade e irregularidade da execução contratual (3ª fase), nos termos do Inciso III, do Artigo 120, da RN/TCE/MS nº 076/2013, por contaminação;*
>
> *3. Pela aplicação de multa ao Ordenador de Despesas - Sr. Idenor Machado - nos termos do Inciso I, do Artigo 44 c/c Inciso I do Artigo 45, ambos da Lei Complementar nº 160/2012, por grave infração à norma legal;*
>
> *(...)"*

É o Relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral- Relator

Examinando os dados relacionados com a contratação em tela, verifico que, conforme demonstrou a análise da equipe técnica da 1ª ICE, as irregularidades remanescentes nos autos estão ligadas ao procedimento licitatório, conforme se expõe a seguir:

1. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA N. 1/2014:

Verifica-se que o certame realizado na modalidade de concorrência foi realizado de forma irregular, uma vez que, conforme demonstrou a 1ª ICE, o edital exigiu dos licitantes, de forma ilegal, o seguinte:

1.1. *comprovação de filiação ou associação ao Sindicato das Agências de Propaganda de sua base territorial ou à Associação Brasileira de Agências de Publicidade – ABAP (item 2.10, letra "a", e 8.4, letra "c" – peça nº 5, fls. 3 e 11) como condição para a participação no processo licitatório, em ofensa aos artigos 5º, XX, e 8º, V, da Constituição Federal, ao art. 30, § 5º da Lei nº 8.666/93, aos princípios da isonomia e competitividade. (ANA-25927/2015)*

Ao exigir das empresas concorrentes a associação ao Sindicato das Agências de Propaganda de sua base territorial ou à Associação Brasileira de Agências de Publicidade, o gestor feriu gravemente a regra do art. 5º, XX, da Constituição Federal (Rol dos Direitos Individuais e Coletivos), que assim dispõe: "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado".

Na busca da ampla concorrência e garantia da melhor proposta, o art 30, § 5º, da Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, estipulou a seguinte regra: "É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação".

Sobre o assunto, o Tribunal de Contas da União se posicionou da seguinte maneira:

> GRUPO II – CLASSE VII – Plenário
>
> TC-011.641/2006-3 c/01 anexo
>
> Natureza: Representação
>
> Entidade: Fundação Nacional de Saúde - FUNASA
>
> Interessada: Wingtour Viagens e Turismo Ltda.
>
> Advogado: não consta
>
> Sumário: REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. EDITAL COM CLÁUSULAS RESTRITIVAS À COMPETITIVIDADE E CONTRÁRIAS À LEI Nº 8.666/93. ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES.

> 15. Por essas razões, considerando que houve restrição ao caráter competitivo do certame, mediante a inclusão no Edital de exigências excessivas e contrárias à Lei nº 8.666/93, referentes a obstrução à participação de agências de viagens consolidadas, prova de contratos com pelo menos cinco companhias aéreas regionais, comprovação de que a licitante possua fluxo de caixa capaz de suportar despesas operacionais estimadas em R$ 915.000,00 por mês **e exigência de filiação/associação da licitante a diversas entidades de classe**, entendo que o Pregão nº 22/2006 deva ser anulado. (grifo nosso)

Assim, verifico que, no presente caso, ficou configurada a afronta aos mandamentos constitucionais e legais, devendo o gestor responsável pelo ato ser apenado com a multa cabível.

1.2. *Exigência de constituição ou instalação de estrutura administrativa, "escritório completo" (item 2.10, letra "g" e item 8.5.1, letra "g" – peça nº 5, fls. 3 e 12), pelo contratado no município de Dourados, em ofensa ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93.*

Sobre esse quesito, em resposta, o gestor se manifestou do seguinte modo:

> *Em relação ao item 5 do oficio, sobre a exigência de possuir o escritório em Dourados/MS, informamos que não se trata de exigir uma filial e sim de um apoio de atendimento, quando assim solicitado. Isto garante a eficiente comunicação da agencia contratada e o departamento de comunicação da contratante.*

Verifico que não assiste razão ao gestor, uma vez que a exigência de manter na cidade da contratante um escritório completo, com atendimento e criação, além de restringir a competição, poderia resultar na elevação desnecessária do custo do serviço a ser executado.

E tanto é dispensável a exigência, que o próprio gestor utiliza a expressão: "quando assim solicitado", demonstrando que a imprescindibilidade desse atendimento e criação imediata não é diária.

O fato é que a empresa vencedora deverá prestar os serviços contratados da melhor maneira possível, estando ou não fixada no Município, e para garantir isso existe a figura do fiscal do contrato e o direito à rescisão unilateral do contrato, conforme as regras do art. 79 da Lei Federal 8.666, de 1993.

2. CONTRATO N. 9/2014/2014:

O contrato celebrado entre as partes atendeu às regras estabelecidas na Lei Federal nº 8.666, de 1993, especialmente quanto ao estipulado em seu art. 55, bem como foram apresentados os documentos exigidos pela IN/TC/MS nº 35, de 2011.

3. 1º TERMO ADITIVO AO CONTRATO N. 9/2014 - *objeto: Alteração de vigência contratual (10/06/2015 à 09/06/2016) e aplicação de reajuste no percentual de 4,336%, perfazendo o valor global de R$ 1.565.044,68*:

Conforme exposto pela 1ª ICE, não há nos autos qualquer elemento capaz de desabonar a celebração do 1º Termo Aditivo ao Contrato, uma vez que ele atendeu às regras da Lei Federal 8.666, de 1993, bem como as regras da Instrução Normativa TC/MS nº 35, de 14 de dezembro de 2011.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, acolho o posicionamento do corpo técnico da 1ª ICE e, em parte, do Ministério Público de Contas, para **VOTAR** nos sentidos de:

I. **Declarar Irregular,** com fundamento nas disposições do art. 59, III, da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2012, **o procedimento licitatório**, por meio Concorrência n. 1/2014, *pela exigência de critérios ilegais para participação no certame, contrariando as regras dos art. 5º, XX, da Constituição Federal, e arts. 30, § 5º, e 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666, de 1993;*

II. **DECLARAR REGULAR,** com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2 de janeiro de 2012, **o Contrato Administrativo n. 9/2014**, celebrado entre a Câmara Municipal de Dourados e a empresa Comuniart Comunicação & Marketing Ltda. – EPP, e **o 1º Termo Aditivo ao referido contrato**;

III. aplicar **MULTA** ao Sr. Idenor Machado– CPF n. 050.808.001-00, Presidente da Câmara Municipal na época dos fatos, no valor correspondente ao de 400 (quatrocentas) UFERMS, *em consequência da gravidade da irregularidade apurada na fase do procedimento licitatório, conforme os termos do inciso I, levando em conta a onerosidade da contratação,* o que faço com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar Estadual nº 160, de 2012, devendo o valor da multa ser pago em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas (FUNTC), no prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da publicação do Acórdão no DOTCE/MS, conforme as regras dos arts. 55, I, e 83 da Lei Complementar em referência, observado o disposto no art. 172, § 1º, I e II, do Regimento Interno, sob pena de execução.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do relator, pela irregularidade do procedimento licitatório, n.1/2014, pela regularidade, do Contrato Administrativo n.9/2014, e do 1º Termo Aditivo, pela aplicação de multa.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid e Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. José Aêdo Camilo, Procurador de Contas.

Campo Grande, 27 de junho de 2017.

Conselheiro **JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL**
Relator

GAB-DSS
SETAC. KBV/ARP