Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

DELIBERAÇÃO AC00 - 3221/2018

PROCESSO TC/MS	**:** TC/119684/2012/001
PROTOCOLO	**:** 1743481
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	**:** EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SA
RECORRENTE	**:** JOSÉ CARLOS BAROBOSA
ADVOGADO	**:** OSNI MOREIRA DE SOUZA – OAB/MS Nº 14030.
RELATOR	**:** CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – REGULARIDADE FISCAL – FORMALIZAÇÃO DO SUBSTITUTO CONTRATUAL – NÃO COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL DA EMPRESA CONTRATADA – IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA – RAZÕES RECURSAIS – JUSTIFICATIVAS E DOCUMENTOS HÁBEIS – COMPROVAÇÃO DA REMESSA – RECURSO PROVIDO – REGULARIDADE.

A comprovação da remessa da documentação motiva a reforma da decisão para declarar a regularidade do procedimento de inexigibilidade de licitação e da formalização do substitutivo contratual e excluir a multa aplicada.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 31ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 27 de novembro de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em **conhecer** e **dar provimento** ao Recurso Ordinário, interposto pelo **Sr. José Carlos Barbosa**, ex-Diretor-Presidente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – SANESUL S/A, para reformar o item “1” da Decisão Singular n. 6441/2016, publicada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul n. 1391, do dia 17 de agosto 2016, no sentido de declarar a **regularidade** do procedimento de Inexigibilidade de Licitação (Processo Administrativo n. 489/2012) e da formalização do instrumento substitutivo de contrato (Ordem Externa de Serviço n. 05/2012) e; excluir os comandos dos itens “3” e “4” referentes a multa arbitrada, uma vez que não subsiste a impropriedade arguida.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Tratam os autos, nesta fase, de **Recurso Ordinário**, interposto pelo Ex-Diretor Presidente da empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul Sociedade Anônima, **Senhor José Carlos Barbosa** (RG 157407 SSP/MS e CPF/MF 280.219.081-49), em face da **Decisão Singular n. 6441/2016,** publicada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul n. 1391, do dia 17 de agosto 2016, que decidiu:

> *"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."

Cientificado do julgamento prolatado por esta Corte Fiscal, por meio de procurador constituído, o Senhor José Carlos Barbosa apresenta apelo (peça 01) e, em síntese, aduz acerca da efetiva remessa dos documentos à época da contratação.

III – FUNDAMENTOS JURÍDICOS

III.I – Efetiva Remessa das Certidões de Regularidade

Nesse norte, constata-se que em verdade o fundamento de validade que alicerçou a decisão guerreada *"de ausência de regularidade fiscal"*, não deve prosperar, visto que efetivamente as tratadas certidões de regularidade foram devidamente remetidas, como pode ser facilmente constatado e observado às fls. 57/58 dos presentes autos. **Contudo, remetemos novamente a supracitada certidão da época da contratação.**

Quanto aos demais documentos e certidões relacionadas no art. 27 e ss do Estatuto Licitatório, também remetemos para que não residam dúvidas quanto a regularidade da empresa contratada.

III.II - Inexistência de Obrigação Legal para Proceder Habilitação da Contratada – Fornecimento de Bem de Pronta Entrega - §1º do art. 32 da Lei Federal n.º 8666/93

Assim, por amor ao direito, frisamos que em verdade a *"ausência de habilitação da contratada"*, não deve ser alvo de sanção, visto que aplicação de penalidade decorrente da supracitada ausência, não possui amparo legal, face ao que dispõe o §1º do art. 32 do Diploma Licitatório, vejamos:

Ao final, requer o conhecimento e provimento do recurso para desconstituir a multa a ele imposta.

Devidamente recebido e distribuído o recurso (peça 3), por determinação seguiram os autos para a análise do apoio técnico e posterior emissão de parecer do representante do *Parquet* de Contas (peça 5).

A 6ª Inspetoria de Controle Externo aviou análise (peça 6) e certificou pelo DEFERIMENTO das razões apresentadas.

"O art. 32, § 1°, da Lei n° 8.666/93, estabelece que "a documentação de que tratam os arts. 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".
Esta norma autoriza o administrador nos casos ali elencados dispensar no todo ou em parte os documentos exigidos nos art. 28 a 31, da referida lei. Assim, a discricionariedade do gestor determinará quais documentos serão necessários para o caso.

Sobre o tema decidiu o Tribunal de Contas da União no Acórdão n° 1661/2011, Plenário:
Assim, entendemos que esta Corte de Contas não pode considerar ilegal uma discricionariedade concedida pelo legislador ao administrador. Não havendo que se falar em irregularidade ou ilegalidade nesse ponto. Já que o jurisdicionado agiu conforme a lei e Constituição, dispensando os documentos que entendeu desnecessário e exigindo aqueles que a Constituição considerou obrigatório.
No entanto, no caso em tela, entendemos que não existiram irregularidades merecedoras de aplicação de multa. Pois, em nosso entender, o procedimento licitatório transcorreu dentro da legalidade.
Desta forma, opinamos que a decisão recorrida seja reformada na íntegra sobre o item 1: 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, e do item 3: aplicação de multa."

No mesmo segmento (peça 8) é o Parecer do Ministério Público de Contas:

"Inicialmente, cumpre registrar a ausência de questões preliminares ou prejudiciais ao exame de mérito, razão pela qual, este Agente Ministerial, desde já opina pelo conhecimento do presente recurso.
No mérito, examinando os elementos constantes do feito, sem delongas, se nota que assiste razão ao corpo técnico desta Corte Fiscal, porquanto os argumentos e os documentos carreados pelo recorrente são suficientes para elidir os fundamentos em que se apoiou a decisão recorrida, inexistindo qualquer irregularidade passível de aplicação de multa, já que o documento que exige a comprovação da regularidade fiscal da empresa contratada constitui ato discricionário por parte do administrador, ou seja, trata-se de documento não obrigatório, no caso em apreço.
Registra-se que a clareza dos termos lançados na análise promovida pela unidade técnica deste Tribunal de Contas e a singeleza da questão posta em discussão, forçosamente retiram deste Órgão Ministerial qualquer outra observação a ser feita nos autos.
Posto isso, o Ministério Público de Contas que atua junto a esta Egrégia Corte Fiscal opina pelo conhecimento e provimento do presente recurso, de modo a reformar a r. decisão recorrida no sentido de considerar legal e regular o o Processo Administrativo nº 489/2012, bem como a Ordem Externa de Serviço nº 005/2012, e cancelar a penalidade aplicada ao recorrente, com a comunicação do resultado do julgamento aos interessados."

Vieram os autos a esta Relatoria para decidir.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Presente os pressupostos e condições recursais, **conheço do apelo** e passo à análise de seus fundamentos.

Com a interposição recursal em face da **Decisão Singular n. 6441/2016,** foram os autos submetidos tanto à análise da 6ª ICE como ao parecer do Ministério Público de Contas, que concluíram pela reforma dos comandos do Decisum recorrido, uma vez que, o esclarecimento apresentado pela parte inconformada, **Senhor José Carlos Barbosa**, permite alterar o juízo formado no feito.

Outra não deve ser a intelecção.

Acompanho tal posicionamento por perceber que, de fato, não há que se falar em descumprimento a preceitos legais; porquanto, ainda que havendo faculdade para tal, ao tempo certo em fase de instrução processual, e agora encartado à presente súplica, foi apresentada documentação relativa à regularidade fiscal da empresa contratada (Prominas Brasil Equipamentos Ltda).

Como alhures demonstrado, restou comprovado que foram cumpridas as exigências impostas e obedecidas as disposições legais pertinentes ao procedimento de contratação direta por inexigibilidade licitatória, de modo que a multa aplicada deve ser tida como nula de pleno direito.

Cumpre, portanto, a atuação da Corte Fiscal para o fim de modificar os termos do item "1" do Decisum prolatado, no sentido de **declarar a regularidade da contratação** celebrada entre a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul Sociedade Anônima e a empresa Prominas Brasil Equipamentos Ltda. (Ordem Externa de Serviço nº 005/2012); e, consequentemente, **excluir a multa arbitrada** ao recorrente no comando do item "3", assim como o prazo determinado no comando do item "4".

In casu, despiciente outros comentários além daqueles já produzidos pelos órgãos de apoio.

Nessas condições, Julgo pelo **TOTAL PROVIMENTO** deste recurso.

DISPOSITIVO

E, concordando com a 6ª ICE e com o Ministério Público de Contas, formulo o meu **VOTO** no seguinte sentido:

1) – conhecer do presente **Recurso Ordinário** por obedecer aos ditames legais e regimentais;

2) – no **mérito,** dar **TOTAL PROVIMENTO** ao pedido formulado pelo Ex-Diretor Presidente da empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul Sociedade Anônima, **Senhor José Carlos Barbosa** (RG 157407 SSP/MS e CPF/MF 280.219.081-49), para o fim de **reformar o item "1"** da **Decisão Singular n. 6441/2016,** publicada no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul n. 1391, do dia 17 de agosto 2016, no sentido de declarar a **REGULARIDADE** do procedimento de Inexigibilidade de Licitação (Processo Administrativo n. 489/2012) e da formalização do instrumento substitutivo de contrato (Ordem Externa de Serviço n. 05/2012); e consequentemente, **excluir os comandos dos itens "3" e "4"** referentes a multa arbitrada, uma vez que não subsiste a impropriedade arguida; e

3) – comunicar o **resultado do julgamento** aos interessados, com base no artigo 50 da Lei Complementar n. 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros: Iran Coelho das Neves, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. José Aêdo Camilo, em substituição legal ao Procurador Geral de Contas, Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 27 de novembro de 2018.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**
Relator

GAB.ECL
SETAC.APT/ARP/DSSM