



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

PROCESSO TCM nº 63606-13 – TERMO DE OCORRÊNCIA

PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAETÊ

DENUNCIADA: LENISE LOPES CAMPOS ESTRELA – Prefeita Municipal

INTERESSADO: 12º IRCE

EXERCÍCIO: 2013

RELATOR: CONS. FERNANDO VITA

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Termo de Ocorrência lavrado pela 12ª Inspeção Regional contra a Prefeita Municipal de Itaetê, **Sra. Lenise Lopes Campos Estrela**, apontando a existência de supostas irregularidades no procedimento de inexigibilidade nº. **0211/2013**, visando a contratação da empresa **Nel Eventos e Estruturas Ltda ME**. para prestação de serviços de palco, som e iluminação e apresentações artísticas para os festejos juninos no Município de Itaetê, no valor total de **R\$ 106.951,86 (cento e seis mil, novecentos e cinquenta e um reais e oitenta e seis centavos)**.

Realça que, muito embora a *“(...) justificativa (fl. 07) e o parecer jurídico (fl. 12) informem que há inviabilidade de competição para o caso, não restou demonstrado no processo a caracterização inequívoca de tal impossibilidade (...)”*.

Indica que há violação direta à Instrução Normativa TCM nº 02/2005, vez que existe orientação expressa acerca da inadequação do procedimento de inexigibilidade para a contratação de empresa fornecedora de serviços de instalação e manutenção de palco, sonorização e iluminação para eventos festivos.

Informa ainda que o procedimento de inexigibilidade sob análise fundamentou-se nos art. 25, II c/c art. 13, III da Lei de Licitações.

Por fim, ressalta que não foi apresentado o **“(...) projeto básico atinente ao palco, som e iluminação, e o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (...)”**, de modo a macular o disposto no art. 7º, I, § 2º, II da Lei nº 8.666/93.

Em atendimento ao quanto disposto no inciso LV, do artigo 5º, da vigente Constituição Federal, solicitei a notificação da Sra. Gestora, para apresentar justificativas e/ou esclarecimentos quanto aos fatos, o que foi realizado através do Edital nº **270**, publicado no Diário Oficial do Estado de **17 de dezembro de 2013**.

Atendendo ao chamado da Corte, a Sra. Gestora ingressou, com expediente protocolado sob o número **00331-14**, apresentando suas razões de defesa e justificativas que julga necessárias para esclarecimentos dos procedimentos adotados.

Em sua defesa, informa a Gestora, inicialmente, que **“(...) devido às consequências da estiagem prolongada no território da Municipalidade e à recomendação oriunda**

desta Corte de Contas, não seriam realizadas despesas com a finalidade de custear os tradicionais festejos juninos no ano de 2013 (...)”.

Neste contexto, aduz a denunciada que em razão de um convênio celebrado com a BAHIATURSA surgiu a possibilidade de realizar o supramencionado festejo. Todavia, face a rejeição das contas da Prefeitura Municipal de Itaetê, exercício financeiro 2011, tal convênio restou sobrestado.

Por tal razão, ressalta a Gestora que **“(...) o Município de Itaetê ingressou com uma Ação Ordinária contra o Estado da Bahia (...), tendo obtido somente em 23/05/2013, há 01 (um) mês da festa de São João, a anexa decisão judicial que lhe possibilitou entabular aquele convênio e, por conseguinte, levantar recursos financeiros para custear as despesas para tal desiderato (...)**”.

Assim, sustenta a Gestora a regularidade no procedimento que culminou com a inexigibilidade de licitação supramencionada, sob o fundamento de que **“(...) era razoável a contratação direta de um particular, com o intuito da prestação dos serviços de som, iluminação e palco, há menos de 01 (um) mês da Festa de São João em razão da escassez de particulares (...)**” para prestação dos serviços.

Estando o feito em ordem, sem a necessidade de novas diligências, passo a proferir o voto na forma a seguir delineada.

VOTO

É princípio curial de direito que à Administração só é dado o direito de agir de acordo com o determinado pela Lei. Este é o principal corolário do princípio da legalidade e *“constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”* (Di Pietro, 1999, p.67)

Neste sentido, observando-se o princípio da legalidade, encontra-se assentado no Direito Administrativo Brasileiro, que a regra geral vigente para a aquisição de bens ou a contratação de serviços por parte da Administração Pública, passa pela obrigatoriedade de licitação, como se vê da leitura do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 37 – omissis;

.....

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Não diverge deste entendimento a norma infraconstitucional, consubstanciada pelo art. 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93, no seguinte teor:

"Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei".

Ou seja, o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado com quem os agentes públicos se confundem. Nesse exato sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

“Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas, não se pode fazer aplicação do mesmo princípio, segundo o qual tudo o que não for proibido é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer¹.”

Dessa forma, por mais simples que seja o ato que venha praticar a Administração, este deve estar baseado e protegido por uma norma em sentido lato, caso contrário não terá eficácia.

Por outras palavras, a regra é a realização de licitação e a exceção, a contratação direta.

Nesta ordem de ideias, a utilização do procedimento insculpido no art. 25, II da Lei Federal nº 8.666/93 **é permitida**, mas deve ser revestida de todos os requisitos legais, em especial a realização de prévio procedimento contendo todas as premissas básicas ali consignadas, conforme entendimento já pacificado nesta C. Corte e corroborado por percucientes pareceres exarados pela Assessoria Jurídica deste órgão, como o de número DE 271/02, de onde se extrai a seguinte orientação:

“A Lei nº 8.666/93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, ao instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, no art. 2º, dispõe sobre as hipóteses de contratação em que, necessariamente, serão precedidas de licitação.

A mesma lei, nos artigos 24 e 25, disciplina os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Na contratação de prestação de serviços, prevista no referido art. 25, necessário se faz o respectivo processo licitatório, justificando a hipótese de inexigibilidade, bem como a comprovação de estar, o profissional escolhido, habilitado, conforme preceitua o art. 27 da mencionada lei. (...)”

E prossegue:

“(...)”

¹ CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.

Entretanto, embora seja possível a contratação de tais serviços, necessária se faz a observância de outros dispositivos da Lei de Licitações, como veremos:

Uma prestação de serviços especializados, como os apresentados, não isenta, o Município, de justificar, no contrato, a escolha fundamentada do profissional, pois se qualquer um estiver capacitado a executar o serviço, ele não será caracterizado como especializado.

O art. 26 da Lei nº 8.666/93 dispõe que "as dispensas previstas nos §§2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XXI do art. 24, **as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas**, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei, deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias como condição para eficácia dos atos."

A respeito da matéria, ensina Marçal Justen Filho, em Comentários à Lei de Licitações:

"A Lei quer evitar a fraudulenta invocação de dispositivos legais autorizadores da contratação direta. **Deverá ser comprovada e documentada a presença dos requisitos legais que autorizam a contratação direta.** O art. 26, com redação da Lei nº 8.883/94, alude à generalidade dos casos de contratação direta. **Como regra, toda contratação direta deverá ser antecedida de um procedimento onde estejam documentadas as ocorrências relevantes.**" (grifos nossos)

Leciona, ainda, o mencionado doutrinador:

"Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. **"Ausência de licitação" não significa desnecessidade de observar formalidades prévias** (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos, etc.)." (Grifo nosso)

Desse modo, vê-se que para a contratação de profissionais considerados especializados é indispensável a realização de um processo próprio de inexigibilidade, justificando a escolha daquele profissional, o que, no presente caso, não foi efetuado."

Na hipótese vertente, temos que se dá a inexigibilidade de licitação, quando circunstâncias de fato ou de direito encontradas na pessoa que se quer contratar impedem o certame ou impossibilitam o confronto de propostas.

Trata-se de situação em que resta prejudicado um dos objetivos da licitação, consubstanciado na concorrência entre eventuais licitantes, porquanto não existe uma pluralidade de objetos possíveis de se adaptarem ao interesse da Administração ou uma pluralidade de ofertantes em condições de se habilitarem, sendo impossível a

competição, vez que um dos contendores reúne qualidades tais que o tornam único, exclusivo, *sui generis*, inibindo os demais pretendentes participantes.

As hipóteses de inexigibilidade da licitação encontram-se, em elenco não taxativo, no art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, e admitem a seguinte classificação: a) exclusividade do fornecimento do bem necessário (art. 25, I); b) notória especialização (art. 25, II); c) singularidade da pessoa contratada (art. 25, III).

Saliente-se que o rol normativo do art. 25, do Estatuto das Licitações **diferencia-se do da dispensa, uma vez que tem natureza exemplificativa, segundo posicionamento uníssono da doutrina pátria.**

Desta forma, conclui-se que nos casos de dispensa, previstos em lei, o administrador tem a faculdade de licitar ou não, enquanto que na inexigibilidade, há impossibilidade de ser realizado o procedimento de competitividade para aquisição da proposta mais vantajosa para a Administração.

Colha-se, a propósito, o ensinamento da emérita administrativista Maria Sílvia Zannela Di Pietro²:

"A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público."

Conclui-se, portanto, ser perfeitamente plausível e permitida a realização de contratação direta, mediante a utilização da inexigibilidade de licitação, desde que observadas as exigências legais.

Pois bem, fixadas estas premissas, não há como se conceber que o serviço de, instalação e manutenção de palco, som e iluminação nos festejos juninos, objeto contratado pelo Município, possua natureza de singularidade a ponto de justificar a contratação direta.

Impede destacar que, conforme tratado pela Instrução Normativa TCM nº 02/2005 a natureza do serviço seria incompatível com a contratação direta, via procedimento de inexigibilidade, considerando a redação cogente do parágrafo quarto do art. 4 da referenciada Instrução, onde se lê:

“Art. 4º. A inexigibilidade diz respeito, exclusivamente, à contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, nos termos do art. 25, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, não se aplicando à contratação de empresa ou profissional fornecedor dos serviços de locação, transporte, instalação e manutenção de palco, iluminação,

² Di Pietro, 1999, p.294

sonorização, bem como transporte e hospedagem de pessoal e outros inerentes à realização do evento ” (g.n.)

Salienta-se que é de clareza solar que nos casos de contratações de serviços de manutenção e instalação de palco, sonorização e iluminação existem uma gama de empresas que atuam no ramo, de modo a ser injustificável a contratação direta via procedimento de inexigibilidade.

Realça-se que o argumento colacionado pela defesa acerca do suposto caráter emergencial em promover a contratação direta, via inexigibilidade de licitação, não é capaz de justificar tal conduta, ante a efetiva possibilidade de competição para contratação do objeto licitado.

Além disso, conforme documentação colacionada pela Inspeção Regional há total equívoco, por parte da Administração Pública, ao apontar **o art. 13, III, da Lei de Licitações, como um dos fundamentos para a contratação, vez que inexistente relação entre o objeto contratado e os trabalhos de assessoria ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.**

Neste contexto, há flagrante ofensa ao princípio da legalidade, vez que a Licitação em apreço foi fundamentada com base nos artigos que tratam acerca do procedimento de inexigibilidade, o qual não se enquadra no caso sob apreciação.

Cumpra-se mencionar que erros de tal natureza são considerados graves, vez que ao realizar qualquer espécie de contratação, não pode a Administração prescindir da formalização do processo, devidamente fundamentado.

Por fim, no que tange à delação acerca da ausência de projeto básico atinente ao palco, som e iluminação, bem como do orçamento detalhado em planilhas que disponham a composição de todos os custos unitários, **entendo pela sua procedência**, vez que a denunciada nem sequer apresentou argumentos e/ou documentos hábeis a desconstituir tais fatos.

Desse modo, registra-se que, de acordo com a sistemática do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao processo administrativo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto ao fato modificativo, extintivo ou impeditivo daquele direito.

Neste sentir, a denunciada, ao manter-se silente em relação as acusações supramencionadas, assume a veracidade dos fatos articulados na exordial.

Em razão destes fatos, adverte-se a Gestora para que providencie o estrito cumprimento à determinação legal no que se refere à formatação dos contratos futuros, podendo servir-se, para tanto, das orientações emanadas da Instrução TCM nº 02/05, adequando-se, sempre e em qualquer hipótese, aos princípios constitucionais emanados do art. 37 da Magna Carta.



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

Como não se tem notícia acerca da não realização do serviço, deixa-se de determinar o ressarcimento do montante despendido.

Diante do exposto, vota-se, fundamentado no inciso XX, do art. 1º, da Lei Complementar 06/91, combinado com o art. 3º e §2º do art. 10, da Resolução TCM nº 1225/06, **pelo conhecimento e PROCEDÊNCIA do Termo de Ocorrência Processo TCM nº 63603-13**, apresentada contra a **Sra. Lenise Lopes Campos Estrela – Prefeita Municipal de Itaetê**. Em consequência aplica-se à Gestor, com arrimo no inciso II do art. 71 da citada Lei Complementar nº 06/91, **a multa de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), a ser recolhida ao erário municipal, na forma estabelecida na Resolução TCM nº 1124/05, sob pena de se adotar as medidas preconizadas no art. 74 da multicitada Lei Complementar. Tal cominação se não for paga no prazo devido, será acrescida de juros legais..**

Cópia deste decisório aos interessados, e às contas da Prefeitura Municipal de Itaetê, exercício financeiro de 2013, **para repercussão de seus efeitos.**

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA, EM 19 DE MARÇO DE 2014.

**Cons. Fernando Vita
Relator**

Este documento foi assinado digitalmente conforme orienta a resolução TCM nº01300-11. Para verificar a autenticidade deste, vá na página do TCM em www.tcm.ba.gov.br e acesse o formato digital assinado eletronicamente.