

PROCESSO TCM Nº 65544-09 - TERMO DE OCORRÊNCIA
PREFEITURA MUNICIPAL DE ITANHÉM
DENUNCIADO: Sr. GEDEON BOTELHO FERREIRA – Ex-Prefeito Municipal
INTERESSADO: 15ª INSPETORIA REGIONAL
EXERCÍCIO FINANCEIRO: 2008
RELATOR: CONS. SUBST. RONALDO N. DE SANT'ANNA

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Termo de Ocorrência lavrado pela 15ª Inspeção Regional, versando sobre o descumprimento por parte do Gestor das disposições contidas na Lei Federal nº 8.666/93 e a orientação emanada desta Corte de Contas, na realização do **“Pregão Presencial n.º 003/2008 e a Inexigibilidade sob n.º 170/2008 (...) para contratação de serviços a serem prestados com a realização do 50º aniversário de emancipação política da cidade (...)”**, sem a observância de requisitos de forma exigidos pelas normas de regência.

Relata o Inspetor que **“(...) o dispêndio foi no montante de R\$ 392.300,00 (trezentos e noventa e dois mil e trezentos reais) tendo contratado o credor LUZ EVENTOS LTDA (...)”**, ao tempo que afirma que **“(...) a festa de emancipação de 2008 foi acrescida em torno de 400% (quatrocentos por cento) em relação à realizada no exercício de 2007 (R\$ 78.400,00)”**.

Prossegue discorrendo acerca da **“(...) inexistência de contratos de cessão de “exclusividade” celebrados entre a empresa contratada e os artistas, e sim documentos que dão exclusividade ao credor apenas nos dias 14 e 15 de agosto, dia da festa (...)”**.

Finaliza apontando a ofensa aos princípios da razoabilidade, economicidade e moralidade, além de indicar a coexistência das seguintes irregularidades, *verbis*:

- Ausência de certidão negativa do INSS e FGTS nos documentos de despesas efetuados mensalmente, pois a Lei de Licitações exige que o credor esteja regular não somente no momento da contratação, e sim durante a realização do contrato (artigo 195, § 3º da CF/88 e artigo 55, inciso XIII da Lei 8.666/93);
- Ausência de desconto e retenção do ISS, em desacordo com o art. 11 da LC 101/00;
- Pagamento integral do empenho nº 002178/08 (R\$ 235.500,00) antes da realização da festa (14 e 15 de agosto de 2008), contrariando o art. 62 da Lei de Licitações.

- Ofensa ao art. 4º, parágrafo 1º, inciso I, alínea “e” da Resolução TCM nº. 1060/05;

Objetivando a garantia do devido processo legal e do direito de defesa constitucionalmente assegurados, foi notificado o Gestor, o que restou atendido através da publicação do Edital nº 201, que circulou no DOE de 11 de setembro de 2009, restando consignado o prazo de 20 (vinte) dias para defesa.

Atendendo ao chamado da Corte, apresentou o Gestor a sua defesa, **intempestivamente**, protocolizada sob o nº **TCM 13409-09**, onde rebateu os fatos contidos no presente expediente, rebatendo, preliminarmente, a suposta alegação no que diz respeito ao aumento de 400% (quatrocentos por cento) do evento em relação ao ocorrido no ano anterior, sustentando que **“(…) naquela oportunidade, se pôde dividir com Municípios da região, a contratação de artistas e bandas regionais, o que não ocorreu com a realização da comemoração do CINQUENTENÁRIO DE EMANCIPAÇÃO POLÍTICA (…)**”.

Ressalta a improcedência da alegação da Inspeção no que tange à invalidade do contrato de exclusividade, vez que **“(…) o contrato não descaracteriza o que prescreve a lei para que seja efetivada a inexigibilidade para este tipo de contratação (…)**”.

Além disso, informa que as Empresas contratadas estavam regulares perante o INSS e o FGTS no período compreendido entre a assinatura do contrato e a realização do evento.

Ademais justificou a ausência de descontos e retenções do ISS, tendo em vista o entendimento **“(…) de que o tipo de serviço objeto do contrato está previsto nas exceções do art. 44 da Lei Municipal 019/2011, que institui, no âmbito do Município, o Código Tributário (…)**”.

Realça ainda que **“(…) a antecipação do pagamento integral é modalidade de contratação costumeira quando o objeto diz respeito à contratação de artista para apresentação em dia, local e hora pré-determinados (…)**”, ao tempo que destaca o devido encaminhamento à 15ª IRCE de cópia original do Pregão Presencial nº 003/2008.

Conclui pela não ocorrência de ofensa aos princípios da moralidade, razoabilidade e economicidade, muito menos irregularidades de natureza formal ou material no certame realizado, pugando pela improcedência do Termo de Ocorrência.

Registre-se, que a despeito da intempestividade da Defesa ofertada, mas em homenagem aos princípios que regem o *due process of law*, esta será apreciada, mitigando-se, portanto, a consequência natural que seria o seu não conhecimento.

Em despacho proferido às fls. 288, fora solicitada a realização de inspeção “*in loco*”, sendo nomeada equipe para tal desiderato, cujo relatório e documentos que o instruem foram apresentados às fls. 300/308.

Garantindo-se o princípio constitucional da ampla defesa, foi notificado o Gestor, através do DOE (fls. 312), para que se manifestasse a respeito da conclusão dos trabalhos de campo realizados pela equipe designada por este Tribunal, o que restou atendido através do expediente protocolizado sob o nº 15284-11, onde o Gestor refuta as conclusões postas no Relatório.

Em despacho proferido às fls. 639, foi solicitado o pronunciamento da douta Assessoria Jurídica deste Tribunal, o que resultou na emissão do Parecer TOC – 1745/12, encartado às fls. 640/645.

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

VOTO

Por sua pertinência, a formação do convencimento e fundamentação desta decisão fora baseada no Parecer da Assessoria Jurídica, que ao avaliar o mérito da questão, assim se pronunciou:

“(…) DA RAZOABILIDADE DOS GASTOS

É sabido que toda a atuação da administração pública, além de completamente submissa aos princípios constitucionais albergados no art. 37, *caput* da CF, para que seja tida como válida, também deve se conformar ao PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, segundo o qual deve o administrador público sempre adotar proporcionalidade entre os meios de que se utiliza e os fins que a Administração tem que alcançar.

Hely Lopes Meireles, em sua conhecida obra “Direito Administrativo Brasileiro”, 32ª edição, pg. 92, esclarece que “*Implícito na Constituição Federal e explícito, por exemplo, na Carta Paulista, art. 111, o princípio da razoabilidade ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.*”. Preceitua, ainda: “*Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. Como se percebe-se a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa.*”

Na mesma senda, *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, em “Direito Administrativo”, 19ª edição, pg. 95, apregoa que “*...o princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do*



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia
*administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive;
e não pode ser medida dentro dos termos frios da lei, mas diante do caso
concreto.”.*

No caso destes autos, em que pese reconheçamos a presença de interesse público nas festividades a que se destinaram as contratações, já que é inquestionável o relevante apelo cívico de que se reveste o advento do 50º aniversário de emancipação política do Município, que, certamente, é circunstância que justifica a destinação de recursos públicos para a comemoração de tal data cívica, por outro lado, realmente, se afigura de questionável razoabilidade, proporcionalidade, equilíbrio, prudência, comedimento exigidos do administrador público, o emprego de quantia em montante 400% superior àquela destinada em evento idêntico realizado no exercício anterior pela mesma Administração Municipal.

Desse modo, embora legítimo e justificável o gasto com comemoração cívica de grande relevância para o Município, igualmente certo é que os recursos públicos destinados ao atendimento desta finalidade devem ser cuidadosamente mensurados e limitados ao máximo possível, porquanto deve a administração pública sempre priorizar a destinação de verbas com as ações finalísticas do estado, como educação, saúde, transporte e segurança pública, em detrimento de despesas com festividades.

DA EXCLUSIVIDADE DO EMPRESÁRIO DO ARTISTA

A Instrução TCM n.º 02/2005, que disciplina as contratações de serviços do setor artístico pelos municípios, prescreve no seu art. 3º, VI, que o respectivo processo de inexigibilidade deverá ser instruído, dentre outros, com *“documento que demonstre a exclusividade da representação por empresário do artista ou prova equivalente, MESMO QUE SE REFIRA A PERÍODOS DETERMINADOS, no caso de contratação que exija tal interveniência, não se aceitando meras declarações sem comprovação inequívoca da legitimidade da condição do signatário para firmar o documento.”.*

Desta sorte, embora as Cartas de Exclusividade (docs. fls. 160, 167, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184) inseridas no processo de inexigibilidade n.º 170/2008, nos termos em que se acham redigidas, produzam seus efeitos apenas em relação aos shows contratados por aquele Município e realizados entre os dias 13 a 17/08/2008, não há como considerar irregular este procedimento, posto que há muito se acha normatizado nesta Corte, através da citada Instrução n.º 02/2005, que a exclusividade na representação do artista pode se referir apenas a determinado período.

Acresça-se, ainda, que todos os documentos de exclusividade apresentados contêm carimbo e selo apostos por cartório do aludido Município, comprovando a autenticidade dos documentos e a sua

Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia
formalização em data concomitante ao processo de contratação e anterior
à da realização dos shows contratados.

DA AUSÊNCIA DE CERTIDÃO NEGATIVA DO INSS E FGTS NA DOCUMENTAÇÃO MENSAL DE DESPESA

A Defesa junta às fls. 565/570 certidões emitidas pelo site da Caixa Econômica Federal e a certidão negativa de débito expedido pelo Ministério da Fazenda, cujas respectivas datas de expedição e validade comprovam que a empresa *Luz Eventos Ltda*, encontrava-se em situação regular com o FGTS e com o INSS tanto na fase de contratação, quanto no período de vigência dos respectivos contratos (docs. fls. 555/559 e 560/564), atendendo, portanto, à regularidade exigida pelo art. 195, § 3º da CF, bem como aos arts. 55, XIII da Lei 8.666/93 e art. 4º XIII da Lei n.º 10.520/02 (Lei do Pregão).

De qualquer sorte, oportuno reiterar que embora não haja dúvidas de que por força do art. 55, XIII subsiste a *“obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.”*, entendemos que não há como este Tribunal apenar o Gestor pela não instrução dos processos de pagamento mensalmente encaminhados às Inspetorias desta Corte com a prova da regularidade perante o INSS e o FGTS DURANTE TODA A EXECUÇÃO DO CONTRATO, pois inexistente no conjunto de normas atualmente em vigor no âmbito deste Tribunal, mormente na Resolução TCM n.º 1060/05, qualquer dispositivo que obrigue o Gestor a tal mister, uma vez que o art. 4º, §1º, I, “e)” da citada Resolução não exige tal documentação, mas os *“originais dos processos de pagamento, com identificação das fontes de recursos, acompanhados dos respectivos processos licitatórios e contratos, quando pertinentes (...)”*.

Não é despiciendo lembrar que a verificação da regularidade com o INSS e o FGTS pode ser facilmente realizada seja pelo controle interno da própria Administração, seja pelos órgãos de controle externo, mediante simples consulta “on-line” aos site da Caixa Econômica Federal (FGTS) e do Ministério da Fazenda – Receita Federal (INSS).

Improcedente a imputação, portanto.

DA AUSÊNCIA DE DESCONTO DO ISS

É sabido que o Imposto sobre Serviços, o ISS, é um tributo de competência do Município, cabendo ao mesmo o seu recolhimento dos respectivos contribuintes, sob pena de cometimento de renúncia de receita, somente admitida nos moldes do art. 150, § 6º da Carta Magna.

Alega a Defesa, às fls. 285 e 326, que o recolhimento do ISS no contrato de prestação de serviços artísticos estaria dispensado em face de previsão no art. 44 da Lei Municipal n.º 019/2001, que dispõe sobre o Código Tributário do Município em epígrafe, sendo que a inscrição da empresa contratada como exploradora da atividade de agenciamento artístico estaria comprovada através de Cadastro de Contribuinte Municipal (CCM).

Sucedem que a Defesa não produziu qualquer prova da existência da Lei Municipal invocada, como também sequer transcreveu o texto do dispositivo mencionado, ônus do qual caberia ao defendente se desincumbir, já que àquele que alega a existência de legislação municipal dispondo sobre a matéria posta em controvérsia incumbe o ônus de provar a sua vigência, ainda mais quando se trata de matéria tributária, cujas normas gerais já se acham disciplinadas no Código Tributário Nacional. É oportuno lembrar, à guisa de demonstração da regra do ônus da prova, que o art. 333, II do CPC, muito embora se trate de norma processual de índole civil, portanto, aplicável apenas subsidiariamente aos processos sujeitos à competência deste Tribunal, atribui ao RÉU o ônus de comprovar a “*existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do AUTOR;*”. Desta sorte, no caso dos autos, não há considerar excluída a incidência do ISS sobre o serviço contratado, posto que a Defesa não produziu prova da vigência da suposta legislação municipal tributária que excepcionaria a incidência daquele tributo naquela situação.

Procedente a imputação, pois.

DO PAGAMENTO ANTECIPADO DO CONTRATO

No tocante à imputação de que todos os shows musicais contratados foram pagos integralmente antes da prestação do serviço, ou seja, da realização das apresentações, como fazem prova os processos de pagamento acostados à Inaugural às fls. 225/249, alega a Defesa, às fls. 286 e 327, que a “*antecipação do pagamento integral é modalidade de contratação costumeira quando o objeto diz respeito à contratação de artista para apresentação em dia, local e hora pré-determinados...*”. Sustenta, ainda, que em contratações deste jaez, a interpretação a ser conferida ao art. 62 da Lei 4.320/64 seria no sentido de considerar consumada a fase de liquidação da despesa com a mera assinatura do contrato.

Obviamente, não procedem os argumentos apresentados pela Defesa.

A citada Instrução Normativa TCM n.º 02/2005, que disciplina a contratação de apresentações artísticas e respectiva infraestrutura pelas administrações municipais, dedicou particular tratamento à questão do pagamento antecipado dos contratos desta natureza, nos seus arts. 7º, II e parágrafos 1º e 2º, *in verbis*:

Art. 7º. Do Contrato, cujo extrato deverá ser publicado na imprensa oficial, constarão, obrigatoriamente:

*II- preço, condição e forma de pagamento, **QUE PODERÁ SER PARCIALMENTE ANTECIPADO**, desde que expressamente previsto na proposta/edital;*

§ 1º. O adiantamento previsto no inciso II deste artigo será sempre considerado suprimento de recurso, caracterizado como operação de ordem financeira, classificável no grupo do Ativo Realizável – subgrupo “Antecipações a Terceiros”, somente sendo reconhecido como despesa pública no encerramento do ciclo, que se completa com a regular liquidação.

§ 2º. A antecipação de que trata o parágrafo anterior somente poderá ser concedida quando devidamente justificada, respeitando-se a peculiaridade do fato e o relevante interesse público envolvido. (nosso destaque)

Indiscutível, pois, que o procedimento adotado pela Administração, no caso dos autos, contraria não somente a regra estabelecida pelo art. 62 da Lei n.º 4.320/64, segundo a qual o pagamento da despesa deve ser antecedido de sua liquidação, como também caracterizou manifesta afronta às disposições da Instrução Normativa n.º 02/2005, conquanto tal diploma, de modo explícito, somente admite o pagamento antecipado na sua modalidade **parcial, nunca integralmente**.

Procedente a imprecisão, portanto.

DO ENCAMINHAMENTO DA DOCUMENTAÇÃO EM CÓPIA

Aduz a Defesa que descumprimento não houve ao art. 4º, § 1º, I, “e” da Resolução TCM n.º 1060/05, sob o argumento, às fls. 286, no sentido de que “*tal afirmação já foi combatida em sede de justificação de Notificação mensal da 15ª IRCE encaminha ao Município em época apropriada.*”. Acrescenta que “*embora continuemos a afirmar que a documentação fi enviada na sua forma original, na época da Notificação mensal, encaminhamos posteriormente a documentação original correspondente à via do arquivo do Setor de Contabilidade do Município, mas o que verificamos agora é que o ilustre senhor Inspetor não levou em consideração o envio feito naquela oportunidade.*”.

É preciso esclarecer que o fato irregular ora atribuído ao Gestor consistiu na remessa dos autos do Pregão Presencial n.º 03/2008 à Inspeção competente sob a forma de cópia, e não em original, como determina o citado dispositivo da Resolução n.º 1060/05.

Acontece que os autos do Pregão Presencial n.º 03/2008 juntados à própria Acusatória (doc. fls. 12/114) se apresentam em original, inclusive com a presença, em todas as suas peças, do carimbo atestando a sua tramitação pela IRCE.

Desta sorte, considerando que os originais dos autos do referido certame se acham acostados a este feito pelo próprio subscritor da Incoativa, e que todas as peças neles insertas se encontram com o carimbo da IRCE competente, não nos parece razoável apenar o Gestor em razão da alegada não remessa dos originais, como posto na Inicial deste feito, a não ser, isto sim, fundamentado em um possível envio destes originais de MODO INTEMPESTIVO, ou seja, após o prazo estabelecido no citado art. 4º da Resolução n.º 1060/05, que exige o encaminhamento de dita documentação, em original, mensalmente.

A par da juntada de originais do mesmo certame pela Defesa às fls. 01 e seguintes da Pasta Az, sob a alegação de que constituem aqueles documentos “*via do arquivo do Setor de Contabilidade do Município.*”, entendemos oportuno registrar que assertiva desta natureza significa dizer que os processos licitatórios levados a efeito pela Administração Municipal seriam formalizados em dois processos administrativos simultâneos, ambos originais, “gêmeos”, o que se nos afigura procedimento totalmente temerário e estranho à correta praxe administrativa, em razão de que recomendamos à ilustre Relatoria, acaso assim entenda necessário, a aposição de censura no tocante a este procedimento.

De qualquer sorte, nos parece improcedente a apontada **ausência** de remessa do original dos autos do citado certame, cabendo, se assim entender a ilustre Relatoria, um eventual questionamento acerca de possível **intempestividade** do seu envio.

No que concerne às irregularidades complementares aventadas no Relatório de Inspeção *in loco* (doc. fls. 300/308) e respectivas contrarrazões de defesa, assim nos manifestamos:

Da Ausência de Cotação de Preços/Preço Estimado no Pregão

Aponta o Relatório de Inspeção, fls. 307, “*a inexistência nos autos do Pregão Presencial n.º 003/2008, da cotação preliminar, procedimento obrigatório da fase interna da licitação*”, omissão que, segundo aduz, caracterizou que “*o julgamento do certame ocorreu através do livre arbítrio do Pregoeiro, atributo que a lei não lhe concede, e dessa forma a licitação está viciada e irregular.*”.

Com efeito, de acordo às disposições da Lei nº 8.666/93, a planilha de preços e quantitativos estimados possui vital importância para o processamento das licitações e o aperfeiçoamento das contratações. Tanto é assim que seu art. 7º, § 2º, inc. II, somente autoriza a instauração de licitações para contratação de obras e serviços quando “*existir*”

Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia
orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários". Ao tratar do conteúdo do instrumento convocatório e das informações que devem obrigatoriamente constar desse documento, a Lei nº 8.666/93 grava expressamente a necessidade de o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários ser um dos "anexos do edital, dele fazendo parte integrante" (art. 40, § 2º, inc. II).

Não parece ter sido outra a finalidade da Lei Geral de Licitações, senão assegurar a divulgação dessa informação a todos os interessados em participar do certame e, assim, garantir meios para o julgamento objetivo da licitação.

Acontece que, para as licitações processadas pela modalidade PREGÃO, as disposições literais da Lei 10.520/02 dispensam tratamento diferente ao assunto.

Segundo o art. 3º, I e III daquele diploma, "**o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados**", deve constar dos autos do procedimento, juntamente com as justificativas da autoridade competente para a necessidade da contratação, definição do objeto, exigências de habilitação, critérios de julgamento das propostas, sanções e outras cláusulas contratuais.

De acordo com essa disposição, o preço estimado não é divulgado juntamente com o edital, mas faz parte do processo administrativo da contratação, o qual encarta o conjunto de atos que motivam as escolhas que orientaram a construção das cláusulas editalícias.

Essa afirmação é confirmada pela redação do inc. III do art. 4º da Lei nº 10.520/02, ao estabelecer que "do edital constarão **todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º**, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso". (Grifamos.)

Em síntese, o art. 3º, inc. I, c/c o inc. III, determina a juntada ao processo administrativo da contratação da justificativa de uma série de opções e elementos da licitação e do futuro contrato que, conforme o art. 4º, inc. III, constarão do edital.

No caso vertente, realmente, verifica-se que os autos do Pregão n.º 03/2008 não se acham instruídos com o orçamento dos bens a serem licitados, como exige o art. 3º, III da Lei do Pregão.

Ademais, em que pese a Defesa tenha juntado cópia de suposta pesquisa de preços (doc. fls. 571/572), dito documento não saneia a irregularidade constatada, eis que o documento, em verdade, consiste em proposta de preços produzida por uma licitante, não atendendo, pois, às disposições do art. 3º, III, dispositivo que exige "**o orçamento, ELABORADO PELO**

Procedente a imputação.

Da Ausência do Parecer Jurídico no Pregão

É sabido que a Lei n.º 8.666/93, através do seu art. 38, parágrafo único, exige que as minutas de editais de licitação, bem como dos respectivos contratos, devem ser previamente examinadas e aprovadas pela assessoria jurídica da Administração.

Muito embora a Lei do Pregão não contenha expressa previsão neste sentido, é certo que aquela exigência, dada a sua extrema relevância, também se estenderá ao Pregão, até porque o art. 9º da Lei n.º 10520/02 expressamente dispôs que as disposições da Lei Geral de Licitações aplicar-se-ão subsidiariamente ao Pregão. Certamente, a oitiva do Jurídico da entidade promotora da licitação não é uma providência dispensável. Não é outra a razão pela qual a Lei n.º 8.666/93 sujeita à audiência do departamento jurídico até mesmo os contratos decorrentes das hipóteses de **dispensa ou de inexigibilidade** de licitação.

A Defesa limitou-se a alegar, às fls. 330, que por um equívoco o parecer jurídico da Entidade não foi juntado ao processo licitatório, ao tempo em que junta como contraprova cópia de parecer jurídico (doc. fls. 573/576) produzido pela Administração nos autos do processo de inexigibilidade de licitação n.º 170/08.

Obviamente, não logrou a Defesa desconstituir a ilegalidade, mormente porque juntou como contraprova documento referente a uma outra contratação.

No que concerne ao apontamento de que o Pregoeiro que atuou naquele certame também exercia a função de Assessor Jurídico na mesma Entidade, cabe esclarecer que a acumulação das atribuições de pregoeiro e de assessor jurídico, de modo simultâneo, é absolutamente proibida em face do **princípio da segregação de funções**, derivação do **princípio da moralidade administrativa**, insito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual nenhum servidor ou seção administrativa deve participar ou controlar todas as fases inerentes a uma despesa (Empenho - Liquidação - Pagamento), ou seja, cada fase deve, preferencialmente, ser executada por pessoas e setores independentes entre si, possibilitando a realização de uma verificação cruzada. Em matéria licitatória, a aplicação deste princípio dar-se-á através do impedimento de que um mesmo servidor atue no processo da contratação exercendo, cumulativamente, funções de natureza fiscalizatória (assessoria jurídica) e decisória (presidente ou membro da CPL, ou pregoeiro e equipe de apoio ou, ainda, ordenador da despesa).

A Defesa manteve-se silente em relação a esta imputação, o que implica em presunção da sua veracidade.

Procedentes as imprecisões, portanto.

Da Homologação e Adjudicação do Pregão em um Único Ato

A Lei nº 10.520/2002 traça um rito especial para a modalidade Pregão, traduzindo a nítida preocupação do legislador em atribuir maior celeridade ao procedimento licitatório. Diferentemente do que ocorre nas demais modalidades, em que a autoridade competente para a **adjudicação** do objeto será sempre a mesma (art. 49 da Lei nº 8.666/93), no pregão, **a competência para o exercício de tal mister dependerá da existência ou não de recursos.**

Ao final da sessão do pregão, após declarado o vencedor do certame, será concedida oportunidade para manifestação do interesse em recorrer (art. 4º, XIX), surgindo duas situações:

- a) Nenhum dos licitantes manifesta interesse em recorrer, dando-se continuidade ao procedimento na própria sessão.
- b) Um ou alguns licitantes manifestam interesse em recorrer, o que deverá ocorrer no prazo de 3 dias, sendo, por isso, o procedimento suspenso e encaminhados os autos do processo de contratação para a autoridade competente para análise dos recursos.

Quando nenhum dos licitantes manifestar interesse em recorrer, o **pregoeiro adjudicará** o objeto ao vencedor na própria sessão (art. 4º, inc. XX). Portanto, nessa hipótese, a autoridade competente para a **adjudicação** do objeto é o pregoeiro.

De outro lado, se houver manifestação do interesse em recorrer, como o procedimento será suspenso e os autos remetidos à autoridade competente para análise dos recursos, não se falará mais da atuação do pregoeiro para a adjudicação do objeto. **Nesse caso, a adjudicação do objeto será feita por outra autoridade (normalmente é a mesma que julga os recursos) que, além disso, homologará o certame (art. 4º, incs. XXI e XXII).**

No caso dos autos, a Ata de Julgamento do certame (doc. fls. 42) demonstra que não houve recurso. Conseqüentemente, a adjudicação do certame caberia ao pregoeiro, enquanto a homologação era prerrogativa da autoridade superior, ou seja, o Prefeito.

Desta sorte, equivocada a reunião da adjudicação e da homologação do certame em um único ato da lavra do Prefeito, como verificado às fls. 46.

Há que se registrar, ainda, que o ato de homologação e adjudicação subscrito pelo pregoeiro e juntado à Defesa às fls. 578, por óbvio, não saneia o vício no ato ora impugnado, seja porque o novo documento não retroage para legitimar o vício então consumado à época do certame; seja porque o documento ora apresentado pela Defesa contém mácula idêntica àquela atribuída ao ato impugnado, já que como no caso sob exame não houve interposição de recurso por licitantes, caberia ao pregoeiro apenas a **adjudicação** do certame, sendo a que a sua subsequente **homologação** era ato privativo do Prefeito. Proceda, pois, o vício apontado.

Da Divergência entre a Minuta e o Contrato – Inexigibilidade de Licitação

Aponta o Relatório de Inspeção a discrepância entre o conteúdo atribuído à cláusula quarta da Minuta (doc. fls. 126/129) do contrato resultante de inexigibilidade n.º 170/08, e aquele conferido ao Instrumento de Contrato propriamente dito (doc. fls. 229/233).

Sucede que da leitura da cláusula quarta da mencionada Minuta, inserta às fls. 127 destes autos, como inclusive indicado pelo Relatório de Inspeção, e a mesma cláusula do correspondente Contrato, inserida às fls. 230 de processo de pagamento que instrui a Vestibular deste feito, constatamos que o seu texto, em ambos aqueles documentos, contém idênticas disposições, ressalvada, evidentemente, as lacunas presentes no corpo da Minuta, cujo preenchimento, por óbvio, somente ocorre quando da assinatura do instrumento definitivo.

Improcedente a imputação, pois.

Ante o exposto, manifestamos pelo **conhecimento** do presente Termo de ocorrência, e, no mérito, pela sua **procedência parcial**. (...)"

Forte nestes argumentos, acolhidos em sua integralidade, conclui-se pela existência de irregularidades de natureza formal nos procedimentos adotados pelo Gestor, resultando na violação de parte dos preceitos legais indicados na peça de ingresso, com a conseqüente necessidade de imputar multa ao Gestor responsável, em razão da vulneração aos princípios que dimanam do art. 37 da Constituição Federal.

Em verdade a questão debatida nestes autos reflete uma situação comum já apreciada por inúmeras vezes perante esta Corte de Contas, culminando na edição da Instrução TCM nº 02/05, que trata especificamente da matéria, flexibilizando o rigor da letra fria da Lei para a sua adequação à fonte consuetudinária que comumente se via presente em situações deste jaez.

Nesta ordem de ideias, questões como o pagamento antecipado de parte dos serviços contratados para a execução de apresentações artísticas passou a ser aceita, além de terem sido delineados parâmetros objetivos para a interpretação da norma legal no que tange à formalização dos contratos e ao procedimento licitatório prévio.

Volvendo à situação posta em análise, percebe-se, pela observação dos documentos que instruem o expediente, que o Gestor **cumpriu em parte os requisitos de fundo** para a formalização das contratações, consistente nas realizações dos certames licitatórios.

Todavia, pecou a administração no que diz respeito à observância dos princípios constitucionais da legalidade, da razoabilidade e economicidade, em especial no que tange à desproporção aferida concernente aos gastos efetivados com o festejo comemorativo do 50º aniversário da localidade.

Cabe lembrar, que os princípios da razoabilidade, economicidade e eficiência, propiciam a fiscalização da obediência a todos os demais princípios e regras albergadas pelo sistema.

A administrativista Maria Sylvia Z. Di Pietro¹, a seu turno, consagra a tese de que o controle da economicidade, assim como da legitimidade, envolve “*questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.*”

Assim, houve violação aos princípios constitucionais da razoabilidade e economicidade, quando o gestor destinou recursos da ordem de R\$392.300,00 (trezentos e noventa e dois mil e trezentos reais), valor 400% (quatrocentos por cento) superior ao montante empregado nos festejos do ano anterior.

Além disso, em que pese a matéria ventilada pela defesa acerca da existência do art. 44 da Lei Municipal nº 019/2001 que, supostamente, tratava acerca da dispensa de pagamento do ISS nos casos de prestação de serviços artísticos, o denunciado não logou em comprovar tal alegação.

Neste sentir, face à ausência de elementos hábeis a comprovar a devida vigência da supramencionada legislação, **compreende-se procedente a alegação.**

Ademais, em relação à antecipação integral dos pagamentos relativos aos shows musicais contratados, houve flagrante violação ao disposto na Instrução Normativa TCM nº 02/2005, vez que o seu art. 7º, inciso II, parágrafos 1º e 2º **possibilita, expressamente, apenas o pagamento parcial dos serviços pactuados.** Assim sendo, infere-se que há violação ao princípio da legalidade, tendo em vista que, além do estabelecido na supramencionada Instrução

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”, 8ªed., São Paulo, Atlas, 1997, p. 490

Normativa, o Gestor descumpriu o art. 62 da Lei n.º. 4.320/64, vez que há impedimento em realizar o pagamento integral do pactuado antes da realização do evento.

Por via oblíqua, no que tange às supostas irregularidades identificadas pela equipe técnica deste Tribunal durante a Inspeção in loco, temos como precedentes parte delas.

Deste modo, pecou o Gestor ao não instruir os autos do Pregão Presencial n.º 03/2008 com o respectivo orçamento dos bens a serem licitados, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, nos moldes do disposto no art. 3.º, inciso III, da Lei do Pregão. Cumpre mencionar que os documentos colacionados pela defesa como capazes de sanar a irregularidade, não são hábeis, tendo em vista que os mesmos constituem meras propostas de preços produzidas por determinado licitante.

No mesmo lado, entende-se como procedente a verificação da Inspetoria no que diz respeito à ausência de Parecer Jurídico no certame em comento, de forma a contrariar o exigido pelo art. 38, parágrafo único da Lei de Licitações.

Observa-se, ainda, que o Gestor infringiu a legislação em vigor ao concentrar a homologação e adjudicação do Pregão em um único ato realizado pelo Pregoeiro, de modo a ofender flagrantemente o previsto da Lei n.º 8666/93, cabendo, no caso sob exame, ao Pregoeiro a adjudicação e ao Prefeito a homologação do certame.

Por outro lado, à luz da documentação colacionada aos autos, constata-se **improcedente** o seguinte aspecto ventilado na peça de ingresso: **“ausência de certidão negativa do INSS e FGTS nos documentos de despesas efetuados mensalmente, pois a Lei de Licitações exige que o credor esteja regular não somente no momento da contratação, e sim durante a realização do contrato (artigo 195, § 3º da CF/88 e artigo 55, inciso XIII da Lei 8.666/93)”**, pois não existe nas normas deste Tribunal, mormente a Resolução TCM n.º 1060/05, qualquer dispositivo exigindo que tais documentos devam acompanhar os processos de pagamento de despesa.

Cumpre mencionar que, em relação as cartas de exclusividade emitidas, muito embora se refira a períodos específicos, são capazes de comprovar a exclusividade, tendo em vista a orientação que dimana da Instrução TCM n.º 02/05, admitindo-se a fixação de prazo para o exercício da representação.

Por fim, em relação à delação da inexistência de envio da documentação original do Pregão Presencial n.º 03/2008, observa-se que os documentos originais foram colacionados aos autos, acompanhados do respectivo carimbo da IRCE, de modo a atestar a sua devida tramitação.

Outrossim, pressupondo que a documentação original do supramencionado procedimento licitatório encontra-se presente dos autos em comento, entendo inexistir omissão do Gestor no que diz respeito à ausência de envio dos documentos originais. Contudo, vislumbra-se no caso em questão o envio dos



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

citados originais de forma intempestiva, de modo a macular o disposto no art. 4º da Resolução n.º 1060/05 desta Corte de Contas.

Em razão destes fatos, adverte-se o Gestor 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 n.º 02/05, adequando-se, sempre e em qualquer hipótese, aos princípios constitucionais emanados do art. 37 da Magna Carta.

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 n.º 1.225/06, *pelo conhecimento e **PROCEDÊNCIA PARCIAL*** do Termo de Ocorrência - Processo TCM n.º **65544-09**, lavrado contra o **Sr. GEDEON BOTELHO FERREIRA – Ex-Prefeito Municipal de Itanhém**. Em consequência aplica-se ao Gestor, com arrimo nos incisos II e III do art. 71 da citada Lei Complementar n.º 06/91, ao Gestor, **multa de R\$11.000,00 (onze mil reais)**, a ser recolhida ao erário municipal, na forma estabelecida na Resolução TCM n.º 1.124/05, 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 ao denunciado e ciência à competente Coordenadoria de Controle Externo.

SALA DAS SESSÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA, EM 04 DE JULHO DE 2013.

Cons. Subst. RONALDO N. DE SANT'ANNA
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.