TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

Processo nº: **898.310**

Natureza: **Representação**

Entidade: **Câmara Municipal de Mariana**

Denunciante: **Rodrigo de Paiva Ferreira**

Denunciado: **Geraldo Sales de Souza (Presidente da Câmara Municipal à época),**

Exercício: **2013**

I – Relatório

Tratam os presentes autos de Representação formulada ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, mediante documento protocolizado em 30/08/2013, sob o nº 0097008-4, por Rodrigo de Paiva Ferreira**,** CPF 028.577.376-37, em face de supostas irregularidades ocorridas em procedimentos licitatórios, desde a condução da **Carta Convite nº 019/2012,** à celebração, inexecução e pagamento do **Contrato nº 043/2012**, firmado com a empresa "Casa Engenharia de Projetos de Obras Ltda." ocorridas na gestão do vereador municipal Geraldo Sales de Souza.

Segundo o Representante, o referido contrato objetivava a prestação de serviços de engenharia elétrica do sistema de iluminação arquitetural da edificação da Câmara Municipal de Mariana, no valor de R$ 89.408,50 (oitenta e nove mil, quatrocentos e oito reais e cinqüenta centavos).

A presente Representação foi recebida, autuada como processo sob o nº 898.310 (fls. 156/157), e distribuída em caráter de urgência ao Conselheiro Wanderley Ávila, Relator.

O Conselheiro Relator, à fl. 159, determinou a remessa dos autos ao Órgão Técnico, para manifestação e após, ao Ministério Público junto a este Tribunal, conforme determinação contida no art. 61, § 3º do Regimento Interno deste Tribunal.

O Órgão Técnico, em relatório às fls. 160 a 171, concluiu pela procedência da denuncia e ratificação das seguintes irregularidades apontadas:

> **1)Item "a" (da empresa contratada sem a correspondente execução dos serviços);**
> **2)Item "b" (emissão do empenho anteriormente à realização da licitação);**
> **3) Item "e" (habilitação indevida da empresa MS Construções e Serviços Ltda.); por ter apresentado certidões relativas aos tributos federais e a Dívida Ativa da União com validade expirada);**
> **4) Item "f" (consta do termo de encaminhamento de processo licitatório à fl. 93 dos autos, a expressão "Cestas natalinas", objeto estranho à licitação).**

TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

O Ministério Público de Contas, às fls. 175 a 179, à vista dos apontamentos realizados pelo Representante e da manifestação da Unidade Técnica, opinou pela citação do Presidente da Câmara Municipal à época e dos membros da Comissão de Licitação, à época.

O Conselheiro Relator, à fl. 180, determinou a citação de Geraldo Sales de Souza, Presidente da Câmara Municipal à época e de Israel Quirino, Carlos Alberto Ferreira, Silvana Fernandes Germano e Ercília Rocha de Lima, membros da Comissão Permanente de Licitação à época, para que no prazo de 15 dias apresentassem as justificativas e documentos acerca dos fatos apontados na presente Representação, na manifestação do Órgão Técnico de fls. 160/171 e no Parecer do Ministério Público de Contas, às fls. 175/179.

Em atendimento à determinação de fl. 180, deu entrada nesta Corte de Contas em 11/11/2013, documentação protocolizada sob o nº 0001388-10, às fls. 193 a 213, encaminhada por Carlos Alberto Ferreira, Silvana Fernandes Germano e Ercília Rocha de Lima representados por Israel Quirino, que além de procurador é parte do processo em epígrafe.

O Sr. Geraldo Sales de Souza, embora tivesse sido regularmente citado, conforme o Aviso de Recebimento à fl. 187, e tivesse sido incluído como parte da defesa apresentada, não subscritou a documentação referenciada nem apresentou a procuração.

Em seguida os autos foram encaminhados ao Órgão Técnico, para análise das informações e documentos, em cumprimento à determinação de fl. 180.

Passa-se à análise.

II- Do Mérito

a) Do Pagamento antecipado

O Órgão Técnico entendeu, diante da informação do atual Presidente da Câmara Municipal, Vereador Bruno Mol Crivellari, que o objeto do contrato 043/1012, não tinha sido executado, mesmo após a liberação do pagamento no valor de R$ 44.704,25 (NF nº 0064, de 20/12/12). Assim, diante da informação da instauração da Comissão Processante contra o ex-Presidente Vereador Geraldo Sales de Souza pertinente ao fato apontado, concluiu pela veracidade dos argumentos da denúncia. (fls. 162/163).

Os defendentes alegam que a irregularidade apontada, qual seja, realização de pagamento de R$ 44.704,26, à contratada Casa Engenharia de Projetos de Obras Ltda., sem que tenha sido realizado o serviço, refere-se a duas situações distintas:

1- O pagamento realizado na forma pactuada em contrato, mediante expedição de Nota Fiscal e o seu devido processamento na contabilidade da Câmara Municipal, procedimento esse que foge do controle e da interferência da Comissão de Licitação;

2- O contrato, seguindo as disposições editalícias, previa o pagamento em duas parcelas, sendo uma, quando da mobilização e outra na conclusão dos trabalhos;

TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

Consideraram evidente que o pagamento fora feito após a liquidação e que a autoridade competente aferiu ter o contratado cumprido as condições necessárias "para o recebimento dos seus haveres". (fl. 197)

Fundamentam suas alegações com base no *caput* do art. 62 da Lei 4.320/64, que dispõe que a liquidação "é a verificação do direito adquirido pelo credor, fase da despesa anterior ao pagamento. Pela liquidação se tem asseverado o quantum devido; quem paga e a quem se paga." (fl. 197)

Isso posto, justificam que muito embora o objeto do contrato fosse a prestação de serviços, o direito adquirido pelo credor encontra-se, não na execução propriamente dos serviços, "mas sim no normativo editalício que previu o pagamento antecipado de metade do valor do contrato, quando da mobilização".

Ressaltam que "o direito adquirido pelo credor advém, não da prestação do serviço, mas da mobilização para tal intento, incluindo aquisição dos insumos necessários à sua realização, conforme expressa autorização contratual, que não apenas possibilitou, mas exigiu que metade do valor fosse pago antecipadamente, [...] entendendo ser necessário um aporte de recursos ao contratado para as encomendas iniciais de material específico para o serviço." (fl. 197)

Mencionam que o tema em apreço já foi objeto de discussão por esta Corte de Contas, na Consulta nº 778.814, citada no relatório do Conselheiro Eduardo Carone.

Entendem que, em tese, não há qualquer irregularidade em antecipação de pagamento visto que há instrumentos legais que o legitimam.

Afirmam que "a Lei não deixa a cargo do Administrador arbitrariamente a decisão de conceder antecipações de pagamento, e que o art. 40 da Lei Geral de Licitações dispôs que é necessária expressa previsão editalícia e contratual vinculando o Gestor Público a conduzir o processo pelas normas anteriormente estabelecidas". (fl. 198)

Assim, de acordo com os Defendentes, tanto o instrumento convocatório quanto o contrato assinado com o licitante vencedor previram o pagamento de parte dos haveres quando da realização de atos preparatórios tendentes a dar início efetivo à prestação dos serviços (contratação de pessoal, licença, placas, aquisição de insumos, etc.).

Argumentam que as luminárias externas a serem substituídas, por não se encontrarem disponíveis no mercado, justificou a opção baseada em critérios lógicos e visando ampliar a competição, de antecipar parte do pagamento com o fim de permitir a aquisição do material a ser utilizado. (fl. 199)

Entendem que o procedimento adotado não se trata de privilégio, mas de cumprimento de disposição **do item 15.1 do edital**, ao vencedor do certame.

Asseguram que a disposição pertinente ao pagamento antecipado de metade do valor contratado está sustentada por expressa previsão editalícia, disciplinado nas normas pertinentes, abordado na melhor doutrina e presente nas condições fáticas da contratação.

Alegam que **a** não execução dos serviços deve ser debitada ao atual presidente da Edilidade que deixou fluir os prazos contratuais sem permitir que a empresa contratada prestasse os serviços. Ademais, alegam que houve omissão do agente em não tomar providências quanto à execução do contrato, expondo o patrimônio nacional a riscos de incêndio naquele local haja vista a precariedade das instalações. (fl. 200)

Informam que, atualmente, o local pela precariedade de iluminação, transformou-se em um local inseguro e perigoso demonstrando uma situação de abandono, descaso ou desleixo com a memória nacional.

Atribuem à questão, muito mais do que o controle dos atos administrativos, o qual não se discute a necessidade e rigor, mas "o feito a uma celeuma que deve ser vista com prudência por aqueles que governam os interesses públicos e que não ocupam cargos para dedicar-se às suas vinditas pessoais". (fl. 201)

Isto posto, requerem seja notificada a Promotoria Especializada do Patrimônio Cultural de Minas Gerais a fim de que tomem as medidas necessárias alusivas à imediata adequação das redes elétricas do prédio da Casa da Câmara de Mariana.

Por fim, considerando que a antecipação de parte do pagamento se deu por disposição Editalícia e contratual e que a não continuidade dos serviços foge à atuação dos indiciados requerem que seja oficializado o Sr. Presidente da Câmara Municipal, para que apresente razões pelas quais não permitiu que o contrato fosse executado da forma contratada, ou mesmo que apresente as ações tomadas para reaver o recurso antecipadamente pago ao contratado, em caso da não continuidade da contratação.(fls. 207/208)

Consideraram também que a antecipação de parte do contrato, só se torna irregular pela ausência de continuidade dos serviços, o que ocorreu sem qualquer interferência dos indicados, mas por ato oficial da atual Mesa Diretora da Câmara, razão pela qual requerem que seja notificada a Promotoria Especializada do Patrimônio Cultural de Minas Gerais, por seu titular Dr. Marcos Paulo Miranda, com sede na Rua Timbiras, 2941, Barro Preto, Belo Horizonte/MG – CEP 30140-062 para que tome as medidas necessárias alusivas à imediata adequação das redes elétricas do prédio da Casa da Câmara Municipal de Mariana. (fls. 207/208).

Análise:

Inicialmente cumpre informar que, conforme alegam os defendentes, o item 15.1 do Edital do Convite 019/2012 (fl. 99), dispôs que "*o pagamento do objeto desta licitação será efetuado em duas parcelas iguais, sendo a primeira quando da mobilização e a segunda ao término dos serviços, após realização de testes que certifique o regular funcionamento".*

Isso posto, entende este Órgão Técnico que o pagamento antecipado de cheque nominal, no valor de R$ 44.704,26, emitido em 28/12/2012, favorecendo a empresa Casa Engenharia de Projetos de Obras Ltda., refere-se ao pagamento da primeira parcela, conforme previsão editalícia, sem, que houvesse, contudo, a correspondente contraprestação do serviço, conforme denunciou o Representante e, posteriormente, reconheceram os próprios defendentes na seguinte informação (fl. 200): "***a não execução dos serviços deve ser debitada***

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____

ao atual presidente da Edilidade que deixou fluir os prazos contratuais sem permitir que a empresa contratada prestasse os serviços".

Ocorre que, em que pese haver previsão do pagamento antecipado no Edital, esta condição é vedada expressamente pela Lei n. 8.666/93, conforme leitura do art. 65, inciso II, alínea "c", a saber:

> "*quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado,* ***vedada a antecipação do pagamento****, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço*". (g.n.)

Quanto à fundamentação dos Defendentes consubstanciadas na liquidação das despesas tomando por base o *caput* do art. 62 da Lei 4.320/64, entende este órgão Técnico que não elide o fato apontado, visto que este dispositivo legal prescreve que o pagamento somente pode ser realizado após a liquidação da despesa. Por sua vez, o artigo 63 da mesma Lei deixa claro que a liquidação dá-se após o recebimento do objeto do contrato.

Visando esclarecer o assunto, cabe informar o seguinte entendimento de Joel de Menezes Niebuhr:

> "*A rigor, admite-se o pagamento antecipado* ***apenas*** *nos casos do artigo 68 da Lei nº 4.320/64, para despesas previamente definidas em lei, consistindo em entrega de numerário a servidor para realizar despesa que não possa subordinar-se ao processo normal de aplicação, como ocorre com despesas necessárias em viagens e deslocamentos. Nesses casos, não há licitação, portanto não há edital, nem contrato escrito, como estabelece o caput do artigo 60 da Lei nº 8.666/93.*
> *Logo, de todo modo, mesmo nos casos em que é possível pagamento antecipado, não há de se cogitar de prever desconto em edital, como demanda a alínea "d" do Inciso XIV do artigo 40 da Lei 8.666/93. Até porque, insta-se, nesses casos não há licitação nem edital.*[1]

Quanto ao argumento de que o "*tema em apreço já foi objeto de discussão na Consulta nº 778.814 desta Corte de Contas",* cumpre informar que não consta em nossos arquivos a Consulta referenciada pelos defendentes. Ainda que houvesse a referida Consulta em que o Tribunal de Contas tenha apresentado decisão favorável ao analisar processo similar, há de se ressaltar que cada caso é decidido em consonância com suas especificidades, não havendo efeitos vinculantes entre situações aparentemente similares que, na verdade, destoam-se por nuanças próprias, demonstradas em cada análise.

Assim sendo, cabe mencionar que o entendimento que prospera nesta Corte de Contas, contido na Consulta n. 851.811, sessão de 16/10/2013, é pela improcedência do Recurso Ordinário favorável ao **pagamento antecipado** de honorários advocatícios. A análise técnica apresentou os seguintes argumentos:

> "Quanto ao tema, oportuno os ensinamentos de Marçal Justen Filho: O pagamento antecipado não pode representar benesse injustificada da Administração para os particulares. A defesa ao fim buscado pelo Estado conduz a que, como regra, o pagamento se faça após comprovada a execução da prestação a cargo do particular. O pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos. Primeiramente, só poderá ocorrer quando previsto no ato convocatório. Desse modo, amplia-se o

[1] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo.* 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 777/778.

TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

> universo de competidores, especialmente aqueles que não disporiam de recursos para custear a prestação. Todos competidores terão reduzidos seus custos e, desse modo, a Administração será beneficiada. Porém, a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deverá ser **condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração.** (g.n.)."
>
> Este também é o entendimento pacífico do TCU, que em diversas decisões admitiu a possibilidade de pagamentos antecipados, desde que **ocorra a real necessidade e economicidade da medida e que o contrato estabeleça garantias específicas e suficientes para resguardar a Administração dos riscos inerente à contratação.** [...]" (g.n.)

Consta igualmente da Consulta nº 788.114, sessão de 01/07/09, tendo o Conselheiro Eduardo Carone como relator, pertinente à antecipação parcial do pagamento para contratos de grande vulto, citando o entendimento de Marçal Justen Filho, que considera esta condição, muitas vezes, fundamental para garantir a ampla participação e a competitividade do certame. Entretanto, o citado doutrinador adverte que: "*O pagamento antecipado não pode representar benesse injustificada da Administração para os particulares. A defesa ao fim buscado pelo Estado conduz a que, como regra, o pagamento se faça após comprovada a execução da prestação a cargo do particular."*

Entende-se que embora conste do Edital e da minuta do contrato a previsão do parcelamento do pagamento em duas vezes, não ficou demonstrado o benefício à Administração Pública a ser aferido com o desconto pertinente ao pagamento antecipado.

Ressalta-se que a justificativa da antecipação visando "*o pagamento de parte dos haveres quando da realização de atos preparatórios tendentes a dar início efetivo à prestação dos serviços (contratação de pessoal, licença, placas, aquisição de insumos, etc.)*" ou ao entendimento defendido pelos Defendentes de ser necessário "*um aporte de recursos ao contratado para as encomendas iniciais de material específico para o serviço*", beneficiam exclusivamente ao contratado, haja vista que estas despesas já são inerentes ao valor do objeto contratado.

Ademais, também não constou dos referidos instrumentos, a prestação de garantia a fim de contingenciar os riscos a que se expõe a Administração.

Também não prospera os argumentos dos Defendentes de que *a não execução dos serviços deve ser debitada ao atual presidente da Edilidade que deixou fluir os prazos contratuais sem permitir que a empresa contratada prestasse os serviços*, uma vez que o procedimento adotado refere-se ao cumprimento de disposições equivocadas do edital, elaborado e subscritado pelos membros da Comissão de Licitação e autorizado pelo Presidente da Câmara Municipal à época. Assim sendo, entende-se que os defendentes respondem sim, solidariamente, pela irregularidade apontada.

Pelas razões expostas, este Órgão Técnico se manifesta pela manutenção da irregularidade.

TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

b) Emissão de empenho anterior à realização da licitação:

O relatório do Órgão Técnico apontou às fls. 163, que, de acordo com a documentação apresentada às fls. 37 a 41 dos autos, a Nota de Empenho nº 333, de 06/12/12 foi emitida anteriormente à conclusão do respectivo processo licitatório, considerando procedente o fato denunciado. (fl. 163).

Segundo os defendentes, trata-se de prova objetiva, vez que foi apresentada a Nota de Empenho nº 333, com emissão supostamente datada de 06/12/2012. (fl. 201)

Atribuem à incidência da falha apontada muitas hipóteses, tais como: crimes cibernéticos, adivinhações ou mero erro de procedimento contábil, considerado esta última, como sendo a hipótese mais plausível.

Alegam que ao examinar os arquivos magnéticos da contabilidade da Câmara Municipal, o servidor Mayner Geraldo de Souza Lemos verificou que a Nota de Empenho nº 333, empenho global do contrato firmado com a empresa Casa de Engenharia Ltda., deu entrada no sistema às 15:29:06h do dia 19/12/2012.

Informam também, que outras despesas incluídas na mesma data (06/12) estão calcadas em atos administrativos que tiveram origem em datas posteriores, o que leva a crer que não se deu a devida atenção para a atualização do sistema, mantendo a data de 06/12/12, quando, de fato, o calendário oficial era outro.

Os defendentes informaram que a veracidade da informação pode ser certificada "in loco" ou por declaração expressa do servidor já citado, contador da Câmara Municipal, requerendo, desde já, a intimação do Sr. Mayner Geraldo de Souza Lemos, para que este possa explicar as peculiaridades do lançamento contábil registrado. (fl. 202)

Por fim, considerando que a emissão do empenho, como informado no documento de representação é obra de eventual equívoco no processo contábil da Câmara Municipal, alheio à vontade dos indiciados; requerem que seja intimado o Sr. Mayner Geraldo de Souza Lemos, contador da Câmara Municipal para que possa explicar as peculiaridades do lançamento por ele efetuado nos registros contábeis da Câmara Municipal, pertinente à Nota de Empenho nº 333/2012. (fls. 207/208).

Análise:

Verifica-se que os Defendentes confirmaram a falha apontada atribuindo-a a erro de registro contábil.

Assim sendo, diante da ocorrência denunciada e da manifestação dos Defendentes apontando "falha na atualização do sistema de registro contábil", conclui-se que, tanto o Ordenador de despesas como o Sistema de Controle Interno da Câmara Municipal de Mariana, no período da realização do Convite n. 19/2012, apresentaram deficiências, ao não

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____

corrigir o erro apontado que comprometeu a concretização dos objetivos definidos no art. 74 da Constituição Federal/1988.

Ademais, este Órgão Técnico entende que não foi observado o disposto no *caput* do art. 93 da Lei Federal nº 4.320/64, ou seja: "que todas as operações que resultem débitos e créditos de natureza financeira, não compreendidas na execução orçamentária, serão objeto de registro, individuação e **controle contábil"**.

O Sistema de Controle Interno, instituído pela Administração, deve atuar de forma eficaz, com constante supervisão dos atos e procedimentos internos da Administração, possibilitando detectar previamente, não somente irregularidades, como também a ocorrência de erros e de atos não intencionais conforme se depreende do disposto no art. 77, *caput*, da Lei Federal n.º 4.320/64.

Quanto à solicitação da intimação do contador da Câmara Municipal, Sr. Mayner Geraldo de Souza Lemos, para que este apresente as provas que regularizariam o referido "erro", cumpre informar que os argumentos dos Defendentes não prosperam, uma vez que consoante disposições contidas no parágrafo único do art. 4º da Lei 8.666/93 estabeleceu-se que o procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza **ato administrativo formal**, ensejando para constituição dos autos, de prova concreta, a ser demonstrada pelo defendente, conforme documentação anexada aos autos às fls. 212 e 213.

Ocorre que ao analisar os documentos anexados pela Defesa, às fls. 212 e 213, constatou-se que as informações apresentadas, tendo por usuário Mayner (fl. 212), referentes à "*Prestação de serviços de Engenharia elétrica do sistema de iluminação arquitetural da Edificação da Câmara*", registrou, no relatório de Log de Auditoria, que o documento nº **16/2012/333/0101**/...**06/12/2012**, registrou a data de **19/12/2012**; assim como, a cópia da Nota de Empenho nº 333, datada de **06/12/2012** (fl. 213), informações estas, insuficientes para elidir os fatos apontados na denúncia.

Desta forma, não foi sanada a irregularidade referente à emissão de empenho anterior à realização da licitação, caracterizando indícios de fraude no procedimento licitatório, fato este que contraria o disposto no art. 60 da Lei 4.320/64, assim como, o *caput* do art. 2º da Lei 8.666/93.

c) Documentos de habilitação da empresa MS Construções e Serviços Ltda.

O Relatório Técnico considerou procedente o fato denunciado que apontou que a certidão de fl. 73, da licitante MS Construções e Serviços Ltda. encontrava-se vencida à época da habilitação. (fl. 167)

Os defendentes alegaram que o art. 27 da Lei 8.666/93 exige dos interessados para habilitação nas licitações, exclusivamente, a documentação relativa a habilidade jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____

Segundo a defesa apresentada, o **§1º do art. 32 da Lei 8.666/93** dispõe que essa documentação (elencada nos artigos 28 a 31 da Lei de Licitações) poderá, por discricionariedade da autoridade competente, ser dispensada em alguns casos, tais como o do Convite.

Isso posto, consideram que as contratações por meio de Convite não necessitam da apresentação de documentação, com fulcro nas considerações acima expostas e consubstanciadas pela Lei nº 8.666/93 e aduzem que não há irregularidade para empresa que não apresente completamente o rol documental. (fl. 204)

Remetem ao princípio de ampla competitividade expresso na Lei Complementar nº 123/2006, **que confere tratamento diferenciado à pequena empresa, cujo art. 42** apregoa que a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Mencionam que mesmo exigindo a comprovação da regularidade fiscal, somente no momento da assinatura do contrato faz-se necessário a apresentação de toda a documentação exigida, ainda que estas tenham restrições (artigo 43 da LC 123/2006), como de fato ocorreu.

Informam que "tal disposição tem resultado em uma prática reiterada da Administração e prerrogativa do licitante, não carecendo deliberação por parte da Comissão de Licitação". Atribuem à incorreção, o fato de não ter sido registrado em ata a situação em que se deliberou pela habilitação do concorrente, com permissivo na Lei Geral da Microempresa já referenciado. (fl. 205)

Entretanto, os Defendentes destacaram o que a CF/88 determina no seu § 3º do art. 195 que a Administração abstenha-se de contratar com o licitante que não tiver sua regularidade fiscal com o INSS. Portanto, caso fosse vencedora do certame a empresa MS Construções Ltda., dela seria exigido o documento alusivo à quitação previdenciária no momento da contratação. Asseguram, porém, que ainda que persista a restrição imposta pelo Edital, as duas normas superiores concedem permissão à Comissão de Licitação para permitir a participação da empresa licitante sem que isso resulte prejuízo à lisura do certame. (fl. 205)

A defesa faz referência ainda, ao Acórdão n. 524/2005, da Primeira Câmara do TCU, que defende a obrigatoriedade de exigir das contratantes a comprovação de sua regularidade com a seguridade social.

Diante do exposto, entendem os Defendentes que a habilitação da empresa MS Construções e Serviços Ltda. para a fase de conhecimento de propostas, em nada interferiu no resultado do certame ou na lisura da contratação, visto que, ainda que houvesse alguma irregularidade, tal como a levantada na presente Representação, em nada afetaria o certame por não ter sido a suposta empresa, detentora da Certidão Conjunta Negativa vencida, a vencedora da licitação.

Fundamentam o entendimento acima esposado citando a decisão do TCU, contida no Acórdão 1908/2008, o qual defende que "não deve ser invalidada a licitação quando requisito indevido de habilitação não comprometeu, de forma comprovada, a execução e os resultados do certame e quando a repetição do procedimento puder acarretar custos superiores aos possíveis benefícios". (fl. 206)

Consideram também que a habilitação da empresa MS Construções e Serviços Ltda. se deu na forma prevista em Lei – art. 42 da LC 123/2006 e em nada prejudicou o resultado do certame; requerem, uma vez esclarecidos os fatos e aviadas as providências acima elencadas, seja arquivado o feito em relação ao Representado.

Análise:

Em que pesem as alegações dos Defendentes cabe informar que, ao contrário do que prescreve próprio §1º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, a Administração não dispõe da faculdade de dispensar *totalmente* as exigências de habilitação preceituadas em Lei.

Segundo a opinião de Joel de Menezes Niebuhr:

> *"É permitido a ela dispensá-las em parte, jamais totalmente.[...] ... há certas exigências de habilitação que, muito embora não sejam por si absolutamente indispensáveis, transcendem a própria Lei nº 8.666/93, como é o caso da certidão de regularidade com a Previdência Social, já que o §3º do art. 195 da Constituição Federal proíbe que a Administração contrate pessoas jurídicas em débito com a Previdência Social".* [2]

Quanto ao disposto nos arts. 42 e 43 da Lei Complementar 123/06 que concedem privilégio às microempresas e às empresas de pequeno porte, cabe informar a seguinte interpretação do Niebuhr:

> "A concessão de tais privilégios às microempresas e às empresas de pequeno porte é absolutamente infeliz. Afora isso, os artigos 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/06 que versam sobre o assunto, para dizer o mínimo, beiram ao absurdo e são flagrantemente contraditórios, por efeito do que produzem uma série de controvérsias.
> [...]
> A contradição salta aos olhos. De acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 123/06, as microempresas e empresas de pequeno porte não devem apresentar documentos de regularidade fiscal durante a licitação, mas apenas após a conclusão desta, depois da homologação, quando convocadas para assinar o contrato. Por outro lado, o art. 43 da mesma Lei Complementar é peremptório ao demandar a apresentação dos documentos de regularidade fiscal ainda durante a licitação, prescrevendo, inclusive, em seu § 1º, prazo, durante a licitação, para que a microempresa ou empresa de pequeno porte apresente os documentos que foram apresentados anteriormente com defeito".
> Enfim, deve-se seguir o art. 42 ou o art. 43? Deve-se exigir os documentos de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte durante a licitação ou apenas após a sua conclusão? Como resolver essa contradição?
> **Deve-se exigir os documentos das microempresas e empresas de pequeno porte durante a licitação, conforme estatuído no art. 43 da Lei Complementar nº 123/06.**
> Explicando melhor, o art. 42 é geral e o art. 43 é específico, subdividido em parágrafos que detalham o procedimento. Em conflito entre o geral e o específico, conforme regra basilar de hermenêutica, deve prevalecer o específico, isto é, o art. 43 deve prevalecer sobre o art. 42.

[2] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo.* 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 367.

TRIBUNAL DE CONTAS MINAS GERAIS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____

> Demais disso, em raciocínio de ordem sistêmica, não faria qualquer sentido exigir documento de habilitação depois de encerrada a licitação. Ora, a licitação presta-se justamente a selecionar aquele com quem a Administração irá firmar contrato, verificando se ele tem ou não condições e habilidade para fazê-lo. **Assim sendo, documentos de habilitação, como são os documentos pertinentes à regularidade fiscal, devem ser exigidos no curso de licitação, sob pena de subverter a finalidade dela.**" (g.n.)[3]

Nesta linha de raciocínio, subtende-se que, como a certidão de regularidade fiscal da empresa MS Construções e Serviços Ltda. foi apresentada na fase de habilitação, ainda que com irregularidade quanto à data de validade. Sendo ela microempresa ou empresa de pequeno porte, não deve ser habilitada nem inabilitada, passando à próxima fase do certame, sem ser excluída dele. Se considerada vencedora, deve ser concedido a ela, o prazo para regularizar a situação, com fulcro no disposto do § 1º do art. 43 da LC 123/06.

Entretanto, cumpre informar que, ao contrário da documentação apresentada à fl. 84, pela empresa "Sena e Souza Prestadora de Serviços Ltda.-EPP" assim como a documentação de fl. 60, pertinente a "Casa Engenharia de Projetos e Obras Ltda-ME" (fl. 60), não consta da documentação de fls. 70 a 78, o registro da MS Construções e Serviços Ltda. como micro empresa ou empresa de pequeno porte, para que esta se beneficie das disposições da LC nº 123/06. Assim sendo, entende-se que a mesma deveria ter sido inabilitada pelos membros da Comissão de Licitação.

Pelo exposto, s.m.j., considera-se procedente o fato apontado na presente Representação e ratificada a irregularidade apontada.

d) Defeitos formais na Licitação – Termo de encaminhamento:

O Órgão Técnico apontou, à fl. 168, pela procedência da denúncia pertinente ao objeto estranho à licitação.

Os defendentes justificam que o erro apontado no "*termo de encaminhamento"* - "Cestas natalinas" não tem expressão jurídica alguma, nenhuma relevância ao processo licitatório e em nada torna irregular qualquer ato do processo. Ademais, informam tratar-se de documento interno, totalmente dispensável ao certame que, se subtraído dos autos, não modificaria o teor da decisão da Comissão ou a legalidade do ato praticado. Consideram-no, portanto, irrelevante. (fl. 206)

Argumentam que a irregularidade só pode ser considerada, por um princípio de Direito, quando por razão dela se incorrer em algum prejuízo a qualquer das partes envolvidas. Considera o documento inócuo ou dispensável à lisura do feito. Entendem que "não há como

[3] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo.* 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 377/379.

TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

vincular o equívoco aludido ao resultado do certame ou encontrar aí um liame qualquer que possa evidenciar incúria, improbidade ou má-fé." (fl. 206)

Alegam que é óbvio tratar-se de mero erro material que em nada altera o fluxo do processo e seu resultado. (fl. 207)

Afirmam que a Administração Pública não pode ficar refém de formalismos exacerbados e burocracias inúteis que nada mais servem senão em afastar a melhor proposta, fim pretendido pela licitação.

Por fim informam que meros defeitos superficiais e não intencionais não podem afetar a lisura do procedimento e, consideram que o termo de encaminhamento (fl. 93) é dispensável ao processo licitatório, sem qualquer valor jurídico e indiferente ao resultado apurado requerem o arquivamento do feito. (fls. 207/208)

Análise:

De fato, conforme alegam os Defendentes o fato apontado pode ser considerado como mero erro material que em nada alterou o fluxo do processo e seu resultado.

Assim sendo, entende esta Unidade Técnica que o apontamento seria passível de retificação pelos membros da Comissão de Licitação se o processo licitatório ainda não tivesse concluso, e opina que devem se abster de incluí-lo nos demais procedimentos licitatórios.

III – CONCLUSÃO

Após análise acurada da presente Representação e dos documentos que a instruem, este Órgão Técnico concluiu que as alegações dos Defendentes não foram capazes de elidir as irregularidades apontadas pertinentes a**: Pagamento antecipado (**item **"a"); Empenho anterior à realização da licitação,** assim como, a falha informada pelos defendentes pertinente a ausência de controle interno em corrigir **erro do registro contábil da Câmara Municipal de Mariana, (**item **"b"), Documento de habilitação com data de validade vencida da M. S. Construções e Serviços Ltda. (**item **"c"), e Defeitos formais na Licitação – Termo de encaminhamento contendo objeto estranho à licitação (**item **"d").**

Entende-se ainda que as irregularidades constatadas por este Órgão Técnico, praticadas no âmbito do Convite nº 19/2012 e do Contrato 043/2012 constituem-se de grave infração à norma legal (Lei 8.666/93) ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (Lei 4.320/64), podendo ser aplicada aos responsáveis a multa prevista no art. 85, inciso II da Lei Complementar 102/08 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de MG).

TRIBUNAL DE CONTAS
DCEM
2ª CFM
Fls. _____
MINAS GERAIS

Entende-se, por fim, que os fatos e documentos constantes destes autos contém indícios do cometimento, em tese, de fraude no procedimento licitatório, podendo ser determinado seu encaminhamento ao Ministério Público Estadual para as providências cabíveis.

À consideração superior.

2ª CFM, 20/05/2014.

_____

Esther de Almeida Fonseca

Analista de Controle Externo

TC 1745-8