



Acórdão 00605/2020-5 - 1ª Câmara

Processo: 00135/2020-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UGs: FMSM - Fundo Municipal de Saúde de Marataízes, PMM - Prefeitura Municipal de Marataízes

Relator: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto

Representante: JOAO BATISTA BARBOZA PINTO

**CONTROLE EXTERNO – FISCALIZAÇÃO –
REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE
MARATAÍZES – NÃO CONHECER – CIÊNCIA – ARQUIVAR.**

O CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Cuidam os autos de representação interposta pelo **Sr. JOAO BATISTA BARBOSA PINTO**, devidamente qualificado na inicial, em face do Prefeito Municipal de Marataízes, Sr. Robertino Batista da Silva; do Secretário Municipal de Saúde à época do fato, Sr. Erimar da Silva Lesqueve; do fiscal do contrato em questão, Sr. Alex Wingler Lucas e do Sr. Fabrício Taufner Correia, sócio proprietário da Editora Cidadania Ltda EPP, concernente a supostas irregularidades contidas no Proc. Administrativo 4980/2017, que trata da aquisição de livros educativos, por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, inc. I da Lei 8.666/93, no valor total de R\$ 485.400,00 (quatrocentos e oitenta e cinco mil e quatrocentos reais), para atender à Secretaria Municipal de Saúde do município, alegando:

- a) Que no Termo de Referência há demonstrações de direcionamento na aquisição, em razão da ausência de planejamento e de estudo ou projeto básico para a contratação, passível, portanto, de ser anulada;

- b) Que o valor não foi devidamente justificado para a modalidade aplicada na contratação por inexigibilidade;
- c) Que na contratação houve fracionamento, parcelamento e divisão em lotes, com indicativos de direcionamento com o objetivo de inviabilizar a competição;
- d) Que houve fraude na entrega dos livros educativos, em razão da não emissão da 'Ordem de Fornecimento, e do descumprimento ao Termo de Referência que estabelece a entrega do material em sua totalidade, e não fracionada, conforme emissão das Notas Fiscais nº 192 e 193;
- e) Que a Nota Fiscal nº192, emitida no dia 21/03/2017, no valor de R\$ 232.700,00(duzentos e trinta e dois mil e setecentos reais); 'liquidada em 23/03/2017' e 'paga em 05/04/17', não foi recebida pelo almoxarifado, conforme Instrução Normativa SCL – Sistema de Compras, Licitações e Contratos e nem passou pela conferência e recebimento por comissão constituída, conforme dispõe o art. 15, § 8º da Lei 8.666/93; e ainda, que a Nota Fiscal nº 193, no valor de R\$ 232.700,00(duzentos e trinta e dois mil e setecentos reais), emitida em 21/03/2017, liquidada em 30/03/2017 e paga em 16/04/17, e ainda, conferida por comissão constituída e pelo almoxarifado, demonstraria o fracionamento da entrega do material, o que estaria em desacordo com o termo de referência e o contrato firmado;
- f) Que não há nos autos quaisquer anotações do fiscal do contrato referente às 'entregas fracionadas' dos materiais, somente um atestado modelo de fiscalização de contrato; aduzindo, ainda, que o referido fiscal estaria em acúmulo irregular de cargos, pois além do vínculo com a Prefeitura Municipal de Marataízes no cargo em comissão de Assessor Técnico Administrativo, seria ocupante de cargo efetivo de dentista no município de Piúma;
- g) Que o contrato em questão teria sido assinado unicamente pelo Prefeito Municipal, contrariando assim, disposições da Lei Municipal nº 1250/2009 do Fundo Municipal de Saúde, que, no seu art. 3º atribui competência conjunta do Secretário Municipal de Saúde e do Chefe do Poder Executivo Municipal para firmar convênios e contratos dos recursos administrados pelo Fundo.

Constam dos autos, além da inicial, documentos complementares e de suporte à Representação (eventos 2, 3 e 4).

Os autos foram encaminhados ao NOF - Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, que, através da Manifestação Técnica 413/2020, em razão da exordial não se encontrar devidamente acompanhada dos indícios de prova, pugnou o seguinte:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, nos termos do art. 94, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 621/2012, submete-se à consideração superior, a proposta de deliberação pelo **NÃO CONHECIMENTO DA REPRESENTAÇÃO**.

Sugere-se que se dê **CIÊNCIA** ao Representante do teor da decisão a ser proferida, conforme mandamento do art. 307, § 7º da Resolução TC 261/2013, e, ainda, o **ARQUIVAMENTO** dos presentes autos, com base no art. 176, § 3º, inciso I da Resolução TC nº 261/2013.

Seguindo o tramite, este gabinete encaminhou os autos para o Ministério Público Especial de Contas, através do Parecer 1522/2020 *anui à proposta contida na Manifestação Técnica 00413/2020-4, pugnando pelo não conhecimento da Representação, tendo como consectário legal o seu arquivamento.*

Após o Parecer do Ministério Público de Contas, vieram os autos conclusos.

II. FUNDAMENTOS

II.1 DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, no Capítulo V, Subseção IV, trata das questões relacionadas às representações. Em atendimento ao art. 94 e por força do art. 101 da Lei Complementar Estadual nº 621/2012 faz-se a seguir a análise dos requisitos de admissibilidade da representação, *in verbis*:

Art. 94. São requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência do Tribunal:

I - ser redigida com clareza;

*II - **conter** informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os **elementos de convicção**;*

*III - **estar acompanhada de indício de prova**;*

IV - se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

V - se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos.

Parágrafo único. Aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

O art. 94, III informa que a denúncia/representação deve estar acompanhada de indícios de prova. A área técnica informa na Manifestação Técnica 413/2020 que, no presente caso, não foram carreados aos autos os elementos probantes de que o procedimento/contratação se encontra maculado por vícios.

Assim, não tendo satisfeitas as exigências legais e regulamentares para que seja admitida, deixo de conhecer a presente representação.

II.2 MÉRITO

A despeito da análise de admissibilidade, a área técnica adentrou no mérito da questão, vejamos:

1. DA ANÁLISE PROCESSUAL

No tocante às supostas irregularidades carreadas na exordial, cumpre destacar de início, que não se encontram devidamente acompanhadas de elementos de convicção que atestem/comproven a veracidade das alegações concernentes à contratação por inexigibilidade de licitação – Processo Administrativo 4980/2017 e Contrato 006/2017. Senão vejamos:

Suscita o representante, que para a contratação não teria havido planejamento, estudo técnico ou projeto básico e que por isso teria sido direcionada. Ocorre que, à vista dos documentos nos autos, consta, como suporte à contratação, o Termo de Referência 001/2017, que, conforme se extrai da própria definição legal do instrumento, possui função similar a do Projeto Básico.

O inciso IX do artigo 6º da Lei 8.666/93 define:

Projeto Básico – conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos (...) (gn)

Sobre o Termo de Referência, dispõe o art. 8º, incisos I e II, do Decreto nº 3.555/2000, que regulamentou a modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns:

Art. 8º A fase preparatória do Pregão observará as seguintes regras:

I – a definição do objeto deverá ser precisa, suficientemente clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem

ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;

II – o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato; [...].

Também o Decreto 5.504/2005, que regulamenta o Pregão na forma eletrônica, exige o Termo de Referência na fase interna, a ser elaborado da seguinte forma:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: I – elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização; [...].

A partir da leitura acurada das definições de projeto básico e termo de referência, é possível concluir que se trata, basicamente, do mesmo documento, pois ambos servem ao mesmo propósito: dar conhecimento à Administração (fase preparatória da licitação) daquilo que se pretende contratar, como também aos pretensos interessados (fase externa – publicação do edital ou dispensa) em fornecer o bem ou o serviço pretendido. Ainda mais, o entendimento jurisprudencial no trato dessa questão buscou dar relevância ao conteúdo do documento, do que, propriamente, o nome utilizado para defini-lo. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região pronunciou-se:

[...] é pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o nome que se dá a determinado documento não o caracteriza nem o desvirtua, importando, isto sim, o seu conteúdo. Do exame dos elementos contidos no "Termo de Referência" conclui-se que, na verdade, trata-se de Projeto Básico, no qual foram detalhados, minuciosamente, as construções a serem executadas pelo cessionário, bem como os custos daí decorrentes. AGA nº 1999904010133909/PR. DJ 01/09/99 - 3ª Turma

Assim, seja na fase interna das modalidades de licitações regidas pela Lei 8.666/93, e também na fase prévia às contratações diretas, sob a denominação de Termo de Referência, Projeto Básico ou especificação técnica, o mais importante é que a Administração possa especificar o melhor produto/serviço que atenda aos anseios da Administração.

Ao elaborar o Termo de Referência, buscou a Administração atender aos requisitos e exigências da lei, não podendo prosperar o argumento de que a contratação se deu sem planejamento, estudo e/ou projeto básico, pois, a própria concepção/elaboração do Termo de Referência é requisito da fase interna do planejamento da contratação.

Alega o representante que o preço não foi devidamente justificado na contratação, afirmando ainda, que: *(...) foi aceito pelos setores técnicos e gestores uma justificativa com diversas notas fiscais de preços de livros diferente aos que foram adquiridos (...)*, pressupondo que a justificativa do preço só poderia ser atestada/comprovada por meio de documento na qual constassem os mesmos títulos adquiridos na contratação.

A jurisprudência dos Tribunais é pacífica no sentido de que é lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação quando **“feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados”** (...) Acórdão n.º 6803/2010-2ª Câmara, TC-020.500/2006-4, rel. Min. André Luís de Carvalho, 16.11.2010 e . Acórdão n.º 3.290/2011-Plenário, TC-030.180/2010-4, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011.

Portanto, para as contratações nesses moldes é necessário, além da **comprovação da exclusividade de editoração do livro, a justificativa do preço contratado e a justificativa quanto à escolha do objeto contratado.**

Com relação ao primeiro aspecto, verifica-se comprovado nos autos a exclusividade da editora contratada para a editoração e/ou distribuição/comercialização exclusiva das obras, conforme declarações de exclusividade emitidas pela Câmara Brasileira do Livro – CBL, órgão competente para a declaração de exclusividade, atendendo, dessa forma o art. 25, inc. I da Lei 8.666/93 e confirmando a inviabilidade de competição e a escolha de fornecedor que mais atenda aos interesses da administração, respeitada a discricionariedade para o caso.

Quanto ao preço contratado, é fator a ser justificado pelo gestor, a teor do que determina o art. 26, inc. III da Lei 8.666/93. A pesquisa de preços de mercado, junto a outros órgãos é recomendação do TCU:

9.2.8 – faça constar dos processos referentes às contratações por inexigibilidade de licitação a justificativa de preço, exigida pelo art. 26, parágrafo único, inciso III da Lei 8.666/93, inclusive com consulta a outros órgãos, de modo a verificar o preço praticado no âmbito da administração pública para o mesmo produto ou serviço.”

Nesse ponto, constam dos autos documentos fiscais (notas fiscais eletrônicas – evento 4) de títulos literários comercializados pela editora com alguns órgãos públicos e a particulares, que atestam os preços praticados pela editora no mercado, demonstrando, inclusive, a prática de preço único no território nacional, conforme Declaração emitida pela Editora Cidadania, em 01/01/2017 e publicada no Diário Oficial ES de 09/01/2017 – Fl. 17/19 do Proc. Administrativo 4980/2017 – Evento 3.

Ao argumentar sobre a existência, dentre os documentos aceitos pelos técnicos, de notas fiscais de livros diferente dos que foram adquiridos, pressupôs que a justificativa do preço só poderia ser válida se se tratasse dos mesmos títulos adquiridos na contratação, o que poderia ser até admissível, se não fosse o caso de estar a editora, à época da contratação, praticando preços únicos.

Além disso, não traz o representante, quaisquer outros elementos aptos a demonstrar que a contratação tenha sido lesiva ao interesse público e/ou desvantajosa para a Administração.

No tocante à justificativa quanto à escolha do objeto contratado, ressalta o Secretário Municipal de Saúde: *“É um material educativo, voltado para questão de saúde pública que será de grande valia na atuação das equipes de saúde, no que tange à promoção da saúde e prevenção das doenças”.*

O Termo de Referência que, também, trata, de forma pormenorizada, da justificativa da contratação, foi trazido aos autos pelo representante de forma incompleta, faltando página, mais precisamente, folha 06 do Processo Administrativo 4980/2017 – Evento 3.

A página omitida trata, exatamente, da justificativa para objeto da contratação, fato que, no mínimo, pode pressupor litigância de má fé do representante, que ao questionar diversos itens da contratação, suprime documentos/eventos que, poderiam contribuir na elucidação de questões suscitadas ou que talvez, sequer, seriam questionadas e trazidas à colação.

Outro ponto da representação e que não merece acolhida é o argumento de que a entrega do material teria sido fracionada/parcelada, descumprindo assim, o Termo de Referência 01/2017 e o Contrato 006/2017, que estabelecem a entrega em parcela única.

Sustenta que a existência de duas notas fiscais, poderia configurar o parcelamento, o que não procede, pois, o fato em si não comprova, necessariamente, que a entrega do material não tenha sido única, mesmo porque, ambas as notas foram emitidas no mesmo dia (21/03/2017). O fato de terem sido liquidadas e pagas em dias distintos, da mesma forma, não comprova eventual parcelamento, o que poderia ser justificado por simples atraso da administração no cumprimento dessas fases da despesa. Mesmo que tenha havido, não se vislumbra nesse caso, lesão ao erário ou ao interesse público, por se tratar, eventualmente, de um erro formal.

Além do mais, o próprio representante afirma que a referida despesa foi empenhada, liquidada e paga, inclusive, trazendo aos autos, datas dos eventos, nomes dos responsáveis/fiscais e documentos que comprovam o efetivo cumprimento de cada fase da despesa, estando, portanto em conformidade com o dispõe o art. 63 da Lei 4320/64.

Outro ponto que merece ser destacado é que a representação, em nenhum momento, aponta que as obras literárias não teriam sido entregues ou distribuídas aos usuários dos programas de saúde da municipalidade, dessa forma, não há que se falar em dano ou eventual prejuízo ao erário, decorrentes da contratação.

Sobre eventual acúmulo irregular de cargos do Sr. Alex Wingler Lucas, fiscal do contrato 006/2017, junto à Prefeitura Municipal de Marataízes em cargo em comissão de Assessor Técnico Administrativo, e à Prefeitura Municipal de Piúma – em cargo efetivo de dentista, é de se salientar que, o representante, mais uma vez, não trouxe aos autos elementos que comprovem suas alegações, como atos de nomeações, exonerações e comprovação de efetivo exercício nos referidos cargos (folha de pagamento). Consta reportagem datada de 2014 de determinado site, sem comprovação de autenticidade, envolvendo a referida pessoa; o ato de exoneração do cargo em comissão na Prefeitura Municipal de Marataízes datado de 31/07/2017 – DECRETO – P nº 8.241), e possível vencimento percebido pelo Sr. Alex junto ao município de Piúma, referente a 11/2019.

Conforme se percebe, existe um lapso temporal entre um evento e outro, que na forma demonstrada pelo representante, não comprovam, efetivamente, a existência da referida acumulação.

Por fim, afirma que o Contrato 006/2017 deveria ter sido assinado conjuntamente pelo Secretário Municipal de Saúde e Prefeito Municipal, sendo assinado apenas pelo último. Ocorre que, além de se tratar de uma formalidade que não trouxe consequências práticas, não há indícios de que do fato tenha decorrido prejuízos à contratação, ou potencial lesão ao interesse público de modo a justificar a adoção de medidas por parte desse Tribunal.

Entretanto, deixaremos de nos manifestar quanto ao mérito, uma vez que não foram satisfeitos os requisitos de admissibilidade da presente Representação.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, da Resolução TC 261/2013 (Regimento Interno do TCEES), **acompanhando integralmente o entendimento da área técnica e do ministério público**, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Sergio Aboudib Ferreira Pinto
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-605/2020-5

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada na 1ª Câmara, ante as razões expostas pelo Relator:

1.1. Pelo **NÃO CONHECIMENTO** da presente Representação, uma vez que, no presente caso concreto, as alegações não foram acompanhadas de indícios de provas (art. 94, III e art. 101, *in fine*, ambos da LC 621/12).

1.2. Pelo **arquivamento**, com fulcro no art. 176, § 3º, inciso I, do RITCEES;

1.3. Dar ciência as partes e ao MPC na forma regimental.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 24/07/2020 – 13ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Aboudib Ferreira Pinto (presidente/relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Coelho do Carmo.

CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Presidente

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Secretária-adjunta das Sessões