

RECURSO ORDINÁRIO N. 986676

Recorrente: Hélio Antônio de Azevedo
Procedência: Prefeitura Municipal de Faria Lemos
Processo Referente: 959082
Procuradores: Natashe Araújo Silva Nunes – OAB/MG 145.229; Adir Mendonça de Araújo – CRC/MG 69.308/0-9; Sérgio Gomes de Amorim – CRC/MG 36.350-0/8
MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello
RELATOR: CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE SHOW ARTÍSTICO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. NÃO COMPROVAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE PARA PAGAMENTO ANTECIPADO. NEGADO PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA MULTA.

1. É necessário justificar o preço documental e demonstrar a razoabilidade do valor contratado, na fase interna do procedimento de inexigibilidade de licitação, a fim de evitarem-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamento.

2. Em regra, somente poderá haver o pagamento da parcela relativa ao objeto do contrato que tenha sido efetivamente executada, conforme arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964. O pagamento antecipado de despesa é admitido apenas em casos excepcionais e observadas determinadas cautelas: 1) que esteja prevista no instrumento convocatório, no termo de contrato; 2) que redunde em economia ao erário, nos termos da alínea “d” do inciso XIV do art. 40 da Lei n. 8666/93; e 3) que o pagamento se faça acompanhar de prestação de garantia por parte do contratado.

NOTAS TAQUIGRÁFICAS

33ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno – 16/11/2016

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso ordinário interposto por Hélio Antônio de Azevedo, Prefeito Municipal de Faria Lemos, contra decisão da Segunda Câmara, na sessão do dia 14/4/2016, nos autos do Processo n. 959.082, publicada no DOC de 8/7/2016.

Decidiu aquele Colegiado aplicar multa ao recorrente, no valor de R\$3.000,00, em razão da inobservância das disposições contidas no parágrafo único e inciso III do art. 26 e na alínea “c” do inciso II do art. 65 da Lei n. 8.666, de 1993, c/c o art. 62 da Lei n. 4.320, de 1964, por terem sido constatados a ausência de elementos que justifiquem o preço da contratação decorrente da inexigibilidade de licitação n. 007/2013 e o pagamento antecipado dos serviços contratados, sem qualquer cautela de proteção ao erário. A decisão recomendou, ainda, ao atual gestor que, na formalização de procedimentos de contratação por meio de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstos na Lei n. 8.666, de 1993, fizesse constar no procedimento administrativo a documentação referente à pesquisa de mercado realizada com os prestadores e a justificativa de preços.

O recorrente arguiu em síntese: que o Município de Faria Lemos vinha procedendo à análise dos preços praticados no mercado em seus processos de inexigibilidade, em especial na contratação de shows artísticos, mas, por desídia, esta análise não era incluída no memorial descritivo, nem fazia parte dos processos, e sim juntada ao banco de preços da Prefeitura; que, nas contratações de shows artísticos de banda de renome regional ou nacional, a Administração se focava na escolha do artista, sem contudo admitir contratações fora do valor de mercado ou com valor desarrazoado; que os valores praticados na região e registrados no banco de preços da Prefeitura se encontravam acima do contratado pela Municipalidade, conforme notas fiscais emitidas pela *Universo A & R Serviços e Eventos Ltda.*, anexadas às fls. 05/08; que o pagamento foi antecipado no dia 18/9/2013, com todas as garantias estabelecidas em contrato, devido à necessidade de cumprir exigência do artista, pois no dia da realização do show artístico, em 20/9/2013, era ponto facultativo na Prefeitura e não havia expediente na tesouraria, conforme Decreto Municipal n. 052/2013. Por fim, requereu o provimento do recurso, com a reforma da decisão e afastamento da multa aplicada.

O Órgão Técnico, em sua análise, às fls. 24-25v, concluiu que as razões recursais foram insuficientes para desconstituir a multa aplicada.

O Ministério Público junto ao Tribunal opinou pelo conhecimento do recurso e pelo não provimento, pelas razões e fundamentos esposados às fls. 27-37v.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar- admissibilidade

Presentes os requisitos formais previstos no art. 335 do Regimento Interno desta Corte, quer quanto à tempestividade, quer quanto aos demais requisitos previstos nos incisos I a III do mencionado artigo, conheço do recurso, salientando que:

- impugna decisão deste Tribunal disponibilizada no Diário Oficial de Contas do dia 08/07/2016, valendo como intimação dos interessados, nos termos da certidão de fl. 22;
- a inicial do presente recurso foi protocolizada em 15/07/2016 (fl.1), dentro do prazo regimental de 30 dias;
- é inequívoco o interesse processual do recorrente por ser atingido pela decisão recorrida.

CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:

De acordo.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA:

De acordo.

CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ:

De acordo.

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, CLÁUDIO TERRÃO:

Eu também estou de acordo.

NA PRELIMINAR, APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA:

Mérito

Ausência de Justificativa de Preço

O recorrente alega em sua defesa que não agiu de má-fé e que, no início do exercício de 2013, em processos de inexigibilidade, especialmente, para contratação de show artístico, o Município fazia a análise de preços praticados pelo contratante em eventos anteriores, sem incluir no memorial descritivo e no processo, apenas juntava no seu banco de preços. E que a contratação do profissional do setor artístico foi realizada dentro dos valores de mercados registrados nesse banco de dados, conforme notas fiscais apresentadas (fls. 5-8).

Não merece razão o alegado, eis que ainda que não tenha agido de má-fé e mesmo em se tratando de contratação de profissional do meio artístico, o administrador não pode escusar-se de agir segundo a lei, em atendimento ao princípio da legalidade; tais argumentos não são suficientes para afastar a exigência legal contida no inciso III do parágrafo único do art. 26 da Lei n. 8666/93¹, uma vez que, como bem apontou o douto Procurador do MPC, é necessário justificar o preço documentalmente e demonstrar a razoabilidade do valor contratado, na fase interna do procedimento de inexigibilidade de licitação, a fim de evitar-se prejuízos ao erário em razão de superfaturamento.

O Tribunal de Contas da União corrobora tal entendimento, conforme citado pelo MPC à fl.30:

58. [...] a necessária justificativa de preço não será atendida com qualquer declaração, mesmo que o administrador esteja sinceramente convencido de estar preenchendo o requisito previsto no Estatuto das Licitações. Afirmarções como aquela constante da manifestação do Diretor de Administração e Planejamento Substituto, se não comprovadas documentalmente, de nada contribuem para preencher o requisito do art. 26, parágrafo único, III, da Lei 8.666/93. Uma simples afirmação em sentido contrário, ou seja, de que o preço oferecido pelo proponente não é razoável, é o bastante para colocá-la em xeque.

[...]

62. Por essas razões, a presença dos demonstrativos ou outros documentos que comprovem a razoabilidade do preço nos processos de contratação direta é indispensável.

(TCU. Processo n. 015.511/2002-4. Acórdão n. 1.616/2003. Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman. Sessão do dia 29/10/2003).

¹ Art. 26. (...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço;

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Cito, ainda, outras decisões daquela Egrégia Corte, nesse mesmo sentido:

As contratações por inexigibilidade de licitação exigem a justificativa da contratação direta e do preço avençado. [...] (TCU. Acórdão n. 792/2008. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão do dia 30/04/2008).

Em caso de contratação por dispensa ou inexigibilidade, deve constar do processo, obrigatoriamente, a razão da escolha do fornecedor e a justificativa de preço, em atendimento ao art. 26, parágrafo único, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93. (TCU. Acórdão n. 1403/2010. Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Sessão do dia 16/06/2010).

[...]

O fato de a contratação ter ocorrido por inexigibilidade de licitação não afasta a necessidade de a contratante elaborar, consoante o artigo 7º, § 2º, inciso II, e § 9º, c/c o art. 26, inciso III, todos da Lei 8.666/1993, orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do objeto contratado, documento indispensável à avaliação dos preços propostos. Por esse motivo, não há como prosperar a afirmação do recorrente, no sentido de que "a comparação de preços cabível para o caso em tela seria, apenas, com outras propostas apresentadas pela [empresa contratada] em contratações efetivadas com outros órgãos integrantes do [sistema]."

(TCU. Acórdão n. 3289/2014. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Sessão do dia 26/11/2014).

Saliento que as notas fiscais juntadas às fls.5-8, registram valores contratados por municípios de outro Estado, a saber, do Espírito Santo, e não de municípios da região a qual pertence o município de Faria Limas, como alegado pelo recorrente, não servindo, pois, para comprovar o alegado nas razões do recurso.

Ressalto, também, decisões desta Corte de Contas Mineira, nessa linha de entendimento:

[...] Sobre o tema, cumpre esclarecer que, conforme previsto no inciso III do art. 26 da Lei n. 8.666/93, é indispensável que se faça prévia cotação de preços do objeto a ser contratado, visando a aferir a compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados no mercado, *in verbis*:

[...] Nesse aspecto, é oportuna a lição de Joel de Menezes Niebuhr que, embora referindo-se à necessidade da realização de pesquisa de preço anterior à deflagração de procedimentos licitatórios, salientou a importância de a Administração Pública conhecer previamente os preços praticados no mercado antes de realizar qualquer contratação:

*O orçamento daquilo que se está licitando é ato fundamental para a condução de todo processo, especialmente para proceder ao controle dos preços propostos à Administração, se excessivos ou inexequíveis. Sem o orçamento, sem saber o quanto custa o que se está licitando, a Administração não dispõe de elementos para realizar tais controles, e, por consequência, passa a aceitar quaisquer tipos de valores, em detrimento ao interesse público.*²

Este Tribunal, ainda, nos autos do Processo Administrativo n. 702593 (sessão de 25/05/2010), entendeu ser irregular a contratação direta sem a devida justificativa do preço contratado, *in verbis*:

[...] quanto à justificativa de preço, entendo ser essa uma exigência de caráter relevante, pois, por meio dela, pode-se refrear a coligação maliciosa de qualquer interessado no

² NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. 3 ed. Curitiba: Zênite, 2005. p. 130.

intento de superfaturar o valor da contratação, e, faltando tal requisito, vê-se prejudicada vitalmente a validade do procedimento.

Dessa forma, ao compulsar os autos, notei a ausência de justificativa do preço para tal contratação, o que me leva a considerar a irregularidade do procedimento, por infringir o disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei de Licitações.

[...] Considero, assim, demonstrada a falha descrita neste item, tendo em vista que não foi demonstrada a justificativa de preços nas contratações em análise, em descumprimento ao disposto no art. 26, III, da Lei n. 8.666/93, o que enseja a aplicação de multa [...]. (TCEMG. Inspeção Ordinária n. 838612. Sessão da Primeira Câmara de 09/08/2016. Rel. Cláudio Couto Terrão).

[...] Observa-se que a urgência ou qualquer outra circunstância que tenha ensejado a contratação direta não exime o administrador público de adotar medidas com vistas a garantir que o preço pago seja compatível com o de mercado. Conforme ensina Jacoby Fernandes, “é sempre importante notar que todas as contratações devem apresentar a justificativa de preço do contrato”³.

No caso de dispensa de licitação, o art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93 é expresso ao exigir a justificativa de preço, que deve estar formalizada e constar nos autos do procedimento:

[...] (TCEMG. Denúncia n. 753878. Sessão da Primeira Câmara de 07/06/2016. Rel. Cláudio Couto Terrão).

[...] a justificativa de preço, comprovando-se os preços de mercado, é exigência de caráter essencial para legitimação das contratações diretas. Através dela, pode-se refrear a coligação maliciosa de qualquer interessado no intento de superfaturar o valor da contratação. Nessa direção, ensina Marçal Justen Filho, *in litteris*: ‘A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. A regra não se vincula precipuamente à contratação direta – afinal, não se admite, em hipótese alguma, que a Administração Pública efetive contratação por valor desarrazoado. Ainda quando exista uma licitação, deve-se verificar se a proposta classificada, em primeiro lugar, apresenta valor compatível com a realização dos interesses protegidos pelo Direito. Proposta de valor excessivo deverá ser desclassificada (Lei n.8.666/93, art. 48). Mas a questão adquire outros contornos em contratações diretas, em virtude da ausência de oportunidade para fiscalização mais efetiva por parte da comunidade e dos próprios interessados. Diante da ausência da competição, amplia-se o risco de elevação dos valores contratuais’. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 295). (TCEMG. Licitação n. 695862. Sessão da Primeira Câmara de 30/10/2007. Rel. Conselheira Adriene Andrade).

[...] Este colendo Tribunal também possui vasta jurisprudência acerca do tema, consolidando o entendimento de que a “**justificativa de preço**, comprovando-se os preços de mercado, é **exigência de caráter essencial** para legitimação das contratações diretas. [Por meio] dela, pode-se **refrear a coligação maliciosa** de qualquer interessado no intento de **superfaturar o valor da contratação**” pelo simples fato de se estar contratando com a Administração Pública, consoante se infere do voto proferido pela Conselheira Adriene Andrade, relatora do Processo n. 695.862 (30/10/2007). (TCEMG. Representação n. 932.460. Sessão da Segunda Câmara de 20/08/2015. Rel. José Alves Viana).

³ FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 645.

Destarte, os argumentos do recorrente de que não agiu de má-fé e que o preço praticado estava abaixo do mercado, sem contudo, demonstrar nos autos que teria feito a juntada da justificativa de preço, de modo a permitir a verificação da sua razoabilidade, demonstram que não trouxe elementos suficientes a modificar a decisão recorrida; logo, permanecendo a irregularidade que ensejou a multa, esta deve ser mantida.

Não Comprovação de Excepcionalidade para Pagamento Antecipado

No tocante ao pagamento antecipado, sustentou o recorrente que o fez por exigência do artista e, ainda, por ter instituído ponto facultativo no dia do evento, tendo se resguardado com as garantias estabelecidas em contrato.

Segundo interpretação dada por este Tribunal nos autos da Consulta n.788114, para que haja antecipação do pagamento é necessário: 1) que esteja prevista no instrumento convocatório, no termo de contrato; 2) que redunde em economia ao erário, nos termos da alínea “d” do inciso XIV do art.40 da Lei n. 8666/93; e 3) que o pagamento se faça acompanhar de prestação de garantia por parte do contratado. Ocorre que esses requisitos não foram comprovados pelo recorrente.

A propósito, consoante julgados do Tribunal de Contas da União – TCU, o pagamento antecipado é considerado irregularidade suficientemente grave para justificar a aplicação de multa aos responsáveis, havendo ou não dano ao erário. Nesse sentido, extraio trecho do *decisum* proferido em 26/3/2013, pela 1ª Câmara do TCU nos autos do Processo TC 015.127/2009-0, sob a relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, *verbis*:

Assim, o gestor que trafega ao largo da legislação, mesmo seu ato não resultando em dano, poderá ser questionado e ter que arcar com multa aplicada pelo Tribunal. A razão de tal medida encontra amparo no fato de o gestor ter indevidamente colocado em risco os interesses da Administração Pública. Buscando paralelo na legislação que rege a conduta das pessoas, pode-se trazer à memória toda a discussão que há em torno da “Lei Seca”, ou seja, da legislação que reprova a condução de veículo por pessoas que estejam sob o efeito de álcool. O legislador tentou se antecipar ao fato acidente para responsabilizar a pessoa que conduz veículos com esse potencial aumentado.

Da mesma forma, os legisladores criam as condições normativas para a avaliação da gestão que eles consideram a mais efetiva, sendo corrente o entendimento de que o administrador público só deve realizar as ações que têm respaldo no elenco normativo. Ao ser elaborada a Lei n. 8.666/93 os parlamentares tentaram autorizar a possibilidade de que os gestores realizassem pagamentos antecipados (§ 1º do Art. 55 da Lei n. 8.666/93), dispositivo vetado pelo Presidente da República. Apresentou-se como razão do veto o argumento de que para a preservação do interesse público é exigível da Administração o máximo de zelo e cautela, **justificando tão somente o pagamento dos serviços e bens prestados.** (GN)

Como é cediço, o pagamento pela Administração Pública antes da efetiva prestação dos serviços contratados não encontra respaldo nos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320, de 1964, que assim dispõem:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Assim, em regra, somente pode haver o pagamento da parcela relativa ao objeto do contrato que tenha sido efetivamente executada. O pagamento antecipado de despesa é admitido apenas em casos excepcionais e observadas determinadas cautelas, como ficou expressamente registrado na referida resposta dada à Consulta n. 788114.

Ademais, o MPC verificou que, ao contrário do alegado pelo recorrente, não houve no contrato previsão de garantia pela contratada. Houve apenas previsão de devolução das quantias pagas, no caso de inadimplemento da contratada.

Sendo assim, limitando-se a repetir o alegado na defesa nos autos da Representação, sem trazer elementos novos aptos a modificar a decisão recorrida, mantenho a multa aplicada nesse ponto.

III – CONCLUSÃO

Face ao exposto, não tendo o recorrente apresentado elementos suficientes e aptos a alterar o entendimento que culminou na aplicação da multa, conheço do recurso e voto pelo seu não provimento, mantendo a decisão recorrida na sua integralidade.

Intime-se o recorrente nos termos regimentais para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta decisão, efetue e comprove o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do RITCEMG.

Comprovado o recolhimento integral da multa, dê-se quitação ao responsável, conforme art. 369 do Regimento Interno.

Não havendo o recolhimento da multa, cumpra-se o disposto no art.368 do RITCEMG.

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, inciso I do RITCEMG.

É como voto.

(OS DEMAIS CONSELHEIROS MANIFESTARAM-SE DE ACORDO.)

CONSELHEIRO PRESIDENTE, EM EXERCÍCIO, CLÁUDIO TERRÃO:

Eu também estou de acordo.

APROVADO O VOTO DO RELATOR, POR UNANIMIDADE.

(PRESENTE À SESSÃO O PROCURADOR-GERAL DANIEL DE CARVALHO GUIMARÃES.)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em conhecer do recurso e, no mérito, em negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão na sua integralidade. Intime-se o recorrente nos termos regimentais para que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência desta decisão, efetue e comprove o recolhimento do valor devido, na forma prevista no *caput* do art. 365 do RITCEMG. Comprovado o recolhimento integral da multa, dê-se quitação ao responsável, conforme art. 369 do Regimento Interno. Não havendo o recolhimento da multa, cumpra-se o disposto no art. 368 do RITCEMG. Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 176, inciso I do RITCEMG.

Plenário Governador Milton Campos, 16 de novembro de 2016.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente em exercício

WANDERLEY ÁVILA
Relator

(assinado eletronicamente)

jc/rrma

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

Coord. de Sistematização, Publicação das
Deliberações e Jurisprudência