DELIBERAÇÃO AC00 - G.JD - 1295/2015

PROCESSO TC/MS	: TC/15898/2014
PROTOCOLO	: 1174467
ÓRGÃO	: SECRETARIA DE ESTADO DE GOVERNO
RECORRENTE	: VANDER LUIS DOS SANTOS LOUBET
TIPO DE PROCESSO	: PEDIDO DE REVISÃO
RELATOR (A)	: JERSON DOMINGOS

EMENTA: PEDIDO DE REVISÃO. CONHECIMENTO. PARCIAL PROVIMENTO. REDUÇÃO DA MULTA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na 25ª Sessão Ordinária do Tribunal Pelno, de 04 de novembro de 2015, ACORDAM os Senhores Conselheiros, na conformidade da respectiva ata de julgamento, por unanimidade, pelo CONHECIMENTO E PARCIAL PROCEDÊNCIA do Pedido de Revisão interposto pelo Sr. Vander Luis dos Santos Loubet, com o efeito de proferir novo julgamento da matéria visando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para REDUZIR a MULTA imposta ao Requerente no "Item V", da Decisão Simples combatida nº 01/0003/2011, para o valor de 250 (duzentas e cinquenta) UFERMS, tendo em vista as irregularidades detectadas na celebração do Terceiro Termo Aditivo; na Execução Financeira do Contrato nº 09/1999; e na falta de resposta à diligência do Relator, ficando MANTIDOS os demais comandos da mesma decisão, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 04 de novembro de 2015.

Cons. Jerson Domingos – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos – Relator

Trata-se do Recurso de Pedido de Reconsideração interposto pelo Sr. VANDER LUIS DOS SANTOS LOUBET, ex-Secretário da Secretaria de Estado de Governo.MS, em que o Recorrente, representado por sua advogada, mostra-se inconformado com desfecho dado à matéria via Decisão Simples nº 01/0003/2011, que no julgamento do Contrato nº 09/1999, celebrado entre aquele Órgão e a Empresa ZN MARKENTING PUBLICIDADE E PROMOÇÕES LTDA., emitiu no Processo TC.MS 11.052/1999 as seguintes convicções, declarações e comandos:

> "I – REGULAR a Fase do Procedimento Licitatório do Contrato:
> II – REGULARES as Etapas de Formalizações do Primeiro, Segundo, Quarto e Quinto ao Oitavo Termos Aditivos;
> III – IRREGULAR a Fase de Formalização do Terceiro Termo Aditivo – em função do aumento do valor inicial da contratação no percentual de 100% (cem por cento) contrariando o limite legal previsto para tanto;
> IV – IRREGULAR A Etapa de Execução Financeira – em razão de divergência entre os valores dos serviços prestados e os pagamentos realizados; e finalmente,
> V – APLICOU MULTAS REGIMENTAIS ao Requerente no total de 1.250 (mil duzentas e cinquenta) UFERMS, assim especificadas: a) – 800 (oitocentas) UFERMS – motivada na irregularidade detectada na celebração do Terceiro Termo Aditivo; 400 (quatrocentas) UFERMS – em razão da ausência de Prestação de Contas da Integralidade da Execução do Contrato; e de 50 (cinquenta) UFERMS – por ter deixado de atender Diligência do Relator no prazo fixado".

O Recurso consiste das razões sustentadas na peça digital nº 01 – Ofício de Encaminhamento, da qual consta também sua recepção pela Presidência desta Corte de Contas como PEDIDO DE REVISÃO, em atenção aos princípios da ampla defesa e da fungibilidade recursal.

Com efeito, as razões do Recorrente consistiram das seguintes alegações:

> "O Contrato foi firmado em 22/9/1999 com vigência até 31/12/1999, com previsão de sua prorrogação mediante acordo entre as partes por iguais e sucessivos períodos, com observância do permissivo previsto no Artigo 57, inciso II da Lei 8.666/93 e suas alterações (Cláusula terceira – página 05), o qual limita a prorrogação por até 60 (sessenta) meses sucessivos.
>
> Assim, diante da necessidade do Estado e possibilidade prevista no próprio contrato declarado legal e regular na decisão, o 2° Termo

Aditivo prorrogou o contrato por igual período, e o 3° Termo Aditivo adaptou a previsão orçamentária em razão da prorrogação, pelo que a decisão recorrida equivocou-se ao declarar irregular o 3° Termo Aditivo, alegando extrapolar os limites de modificações contratuais estabelecidos pelo art.65, § 1° da lei 8.666/93, que autoriza a variação de até 25% (vinte e cinco por cento) em razão da recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Assim ocorreu, porquanto a previsão legislativa dos 25% (vinte e cinco por cento) não versa sobre as condições de prorrogação do contrato como parece fundamentar-se a decisão recorrida, mas sim e tão somente, sobre a possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação, pretendendo condicionar a concessão de reajuste de preços, revisão de preços, correção monetária e variações de preço no espaço entre o ato convocatório e a formalização ou execução do contrato.

Reconhecendo tais condições e possibilidades de variação, o legislador previu essa eventual necessidade de reajuste e limitou sua alteração em até 25% (vinte e cinco por cento), podendo o contratante através de termo aditivo, aumentar ou diminuir o valor do serviço a ser prestado dentro deste limite.

A prorrogação por sua vez, encontra-se expressamente prevista em lei consoante o art. 57, II, e no contrato em questão em sua "cláusula terceira", e trata-se de ato discricionário não devendo ser confundida com o reajuste ou reequilíbrio econômico financeiro do contrato.

Assim, a prorrogação é a repactuação do contrato que ampliando o prazo inicialmente estabelecido reajusta o valor do serviço, nas hipóteses legalmente permitidas, mantendo as mesmas condições previstas no contrato, e respeitadas as anteriormente ajustadas, segundo o escólio de Diógenes Gasparini - <http://www.direitopublico.com.br>.

Assim acontece com art. 57, § 1°, inc. IV e com o art. 65, I, "b". Se a lei também podia exigir esse limite para a hipótese do inc. I I do art. 57 e não o fez, é correto entender-se que o legislador efetivamente não desejou estabelecer, no caso, qualquer limitação.

Destarte, a interpretação que imponha a observação desse limite será despropositada, para não dizer, ilegal, pois prescreve á Administração Pública a satisfação de uma obrigação não determinada legalmente e lhe exige que desconheça a velha máxima de nossas constituições, cuja repetição nunca é demais, segundo a qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Aqui não se trata de prorrogações e muito menos de prorrogações com o intuito de proporcionar preços e condições de pagamento mais vantajosas para a Administração Pública contratante. Eventual prorrogação que fosse necessária ajustar seria apenas uma decorrência do acréscimo do objeto.

Observe-se que o dispositivo autoriza iguais e sucessivas prorrogações, portanto mais que uma. Sendo desse modo, sem necessidade de lupa, é fácil ver que o valor estimado do contrato pode vir a ter um percentual muito superior aos 25% permitidos.

Supor que o legislador desconhecia essa possibilidade é fazer pouco de sua inteligência.

(GASPARINI, Diógenes. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 de julho de 2011.)

Nesse diapasão o doutrinador de destaque acima citado, bem elucida a Intenção do legislador e diferencia de forma clara e objetiva os dois institutos previstos respectivamente no art. 57, I I e art. 65 § 1°, ambos da Lei Federal 8.666/93.

Aliás, estranho ainda seria pensar que diante da possibilidade de prorrogação do contrato por até sessenta meses, o serviço contínuo prestado custaria apenas o valor estabelecido na licitação para a Administração Pública ou só poderia ser majorado em 25% do seu valor inicial. Ora, embora o regime jurídico estabeleça uma posição privilegiada para a Administração na relação com o contratado, esse não pode ser obrigado a suportar alterações que prejudiquem a justa remuneração que lhe é inerente.

De tal sorte podemos afirmar que no caso em tela, como é possível observar em uma análise simples do contrato e seus aditivos, o contrato - reforce-se declarado regular e legal -, foi firmado para um vigência de 3 meses e 28 dias num valor de R$1.000.000,00 (um milhão de reais), reajustado pelo 1° Termo Aditivo na forma prevista no art. 65 § 1°, da Lei Federal 8.666/93 com aumento de 25% do valor inicialmente contratado, prorrogado por mais 3 meses pelo 2° Termo Aditivo, e consequentemente, reajustado o pagamento a ser feito pela prestação do serviço no 3° Termo Aditivo em mais R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Diante disso resta demonstrada a equipolência das obrigações dos contratantes no contrato n. 09/99, pois não seria nem mesmo razoável que ajustado um valor para a prestação de um serviço pelo período de 3 meses custasse o mesmo valor em 6 meses.

Portanto, não se tratando de reajuste do valor do contrato previsto no art. 65 da Lei 8.666/93. Assim, o 3° Termo Aditivo resta perfeitamente legal e regular, pois a partir da prorrogação do período, nada mais justo e permitido na lei e no próprio contrato art. 57 II - cláusula terceira) que houvesse alteração no valor remuneratório da prestação do serviço.

Desta forma, a decisão recorrida carece de um reexame no que tange a regularidade e legalidade do 3° Termo Aditivo a fim de ser reformada, reconhecendo a regularidade e legalidade da referida alteração.

Da execução contratual. A execução do presente contrato, declarada irregular e ilegal pela decisão recorrida, baseia-se na análise da Inspetoria realizada por este Tribunal de Contas, em razão da disparidade dos valores encontrados nas notas de empenho, notas fiscais e ordens de pagamentos juntadas aos autos.

Contudo, é possível observar que há duplicidade nas notas fiscais computadas, em razão de erro na emissão das mesmas.

Cumpre esclarecer que o contrato em questão previa expressamente a possibilidade de terceirização dos serviços, contudo, a responsabilidade e a prestação da execução dos serviços mantinham a via, exclusivamente, da relação dos contratantes: Estado de Mato Grosso do Sul e ZN Marketing Publicidade e Promoções Ltda.

Assim, se o contrato foi firmado com uma única empresa, deveriam ser computadas apenas as notas emitidas por esta empresa, e não por várias outras empresas que não apresentam qualquer relação com o contrato, como é possível observar nos autos.

Ao que nos parece, diante da terceirização, possivelmente as notas fiscais foram emitidas em duplicidade evidenciando o erro das empresas terceirizadas que, ao invés de emitirem as notas fiscais para a empresa contratada, emitiram erroneamente ao Estado, e a contratada, por sua vez, também emitiu suas notas, demonstrando a duplicidade apontada.

Tal situação acima apontada, muito se assemelha à ocorrida no processo TC - 14468/99. No entanto, neste último, as empresas terceirizadas preencheram corretamente as notas fiscais, emitidas em

nome da empresa contratada e não da Secretaria de Governo, não gerando confusão por parte da equipe técnica no momento da análise, como ocorreu no presente caso.

Ainda, observa-se que o valor encontrado nas notas fiscais representa o dobro do valor encontrado nas notas de empenho, o que faz reforçar o equivoco da duplicidade.

Diante disso, faz-se necessária nova análise técnica nos documentos apresentados, a fim de averiguar a duplicidade das notas juntadas e o erro em seu cômputo, além da verificação da relação de cada nota fiscal e de empenho com o contrato em análise.

Sobre os pagamentos, demonstrados pela análise aquém dos valores empenhados e liquidados, faz-se indispensável uma inspeção junto ao Órgão governamental, tendo em vista que o Recorrente não tem mais acesso ao acervo documental da Secretaria de Governo, impossibilitando-o de apresentar os documentos dos respectivos pagamentos.

Diante disso, o requer nova a análise dos documentos juntados e a determinação de inspeção in loco.

Da aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Em derradeiro, faz-se necessária a invocação dos Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade, que sabiamente vêm norteando os processos e procedimentos em busca da solução mais célere e justa às demandas.

Tais princípios são reconhecidos, no todo, como o "Princípio da proibição dos excessos", e objetivam 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.

De tal modo, a razoabilidade envolve a proporcionalidade e vice-versa e vêm atualmente funcionando como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou intérprete, valorizando a particularidade de cada situação.

No presente caso, a multa aplicada apresenta-se desproporcional à responsabilidade do Recorrente e fora dos padrões adotados em julgamentos desta corte em situações de mesma natureza.

Diante de toda a regularidade do contrato e seus aditivos e mesmo de

uma possível diferença dos valores apresentados pela inspetoria deste Tribunal de Contas - ressalta-se, pago a menor e sem gerar prejuízos ao erário - é insignificante e relativa, seja por seus efeitos nas contas apresentadas, ou mesmo pela exiguidade em relação ao interesse público tutelado, ou, ainda, pelos limites de atuação do Recorrente.

De resto, requereu:

a) o conhecimento e procedência do presente pedido a fim de ser revisada a decisão que condenou o Recorrente declarando regular e legal o 3° Termo Aditivo e a execução do contrato;
b) seja determinada nova análise na documentação juntada no processo para possibilitar o confronto real dos valores encontrados;
c) seja determinada inspeção na Secretaria de Governo do Estado com vista à obtenção dos documentos faltantes;
d) seja possibilitada nova manifestação do recorrente caso, após a nova análise e inspeção in loco, ainda restem vícios;
e) a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no presente caso".

Instado a se pronunciar sobre o pedido, o Ministério Público de Contas exarou Parecer (peça nº 05) traçando abordagem abrangente dos elementos do pedido, bem como refutando todas as ponderações feitas no pedido, considerando-as insuficientes para alterar a decisão requerida, seja pela ausência de justificativa para a celebração do Terceiro Termo Aditivo, quanto em vista do descontrole em relação aos exigíveis elementos constitutivos da comprovação regular da Etapa de Execução Financeira deste Contrato, propiciando a que junto a ela, fossem mesclados comprovantes de despesas relativas a outras contratações.

É o relatório.

VOTO
O Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos –Relator

Examinando as ponderações sustentadas pelo Requerente em relação do mérito das convicções do julgado combatido, verifico que as razões apresentadas no pedido deixaram a desejar quanto às escusas oferecidas na pretensão de justificar a celebração do Terceiro Termo Aditivo declarado irregular, já que o dispositivo legal invocado nesse propósito (Artigo 57, inciso II da Lei 8.666/93) não se aplica ao caso em exame, posto que na espécie em apreciação o reajuste do valor da contratação não poderia ter ido além do percentual de 25% sobre o valor do contrato aditivado (Artigo 65 § 1°, da mesma Lei).

Assim ocorre, porquanto a aditivação contratual nos moldes invocados no pedido revisório exige a precedente justificativa para a sua celebração, providência prévia

esta que o Requerente deixou de apresentar quando notificado para tanto, cuja desídia seguiu insanada mesmo em face do pedido revisório interposto.

Do mesmo modo, também foram frágeis e inconsistentes as escusas envolvendo o desencontro de dados da execução financeira do contrato, já que as alegações de possível duplicidade de comprovantes das despesas foram evasivas, lacônicas e protelatórias, sem sustentação lógica e objetiva, somente se prestando para evidenciar ainda mais a ocorrência de descontrole na manutenção dos elementos constitutivos das comprovações dos pagamentos efetuados em cada uma das contratações celebradas pelo Órgão.

Assim ocorrendo, tenho que o desiderato de auferir as declarações de regularidade do Terceiro Termo Aditivo e da Etapa de Execução Financeira do Contrato carece de condições para revisar os comandos do julgado recorrido, motivos pelos quais, nesta parte, resta claro que a manutenção de suas convicções desponta indene e imune a qualquer reparo.

Finalmente, examinando o pedido revisório pelo prisma da invocada aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em relação ao quantum da cominação de multa, ai sim, entendo que milita em prol do Requerente uma razoável pertinência.

Assim ocorre, no tanto em que o valor da punição de multa foi de certo modo oneroso, em se considerando que a despeito das anomalias detectadas na celebração do Terceiro Termo Aditivo e na Prestação de Contas da Execução Financeira, não consta do processo que tais falhas tivessem causado qualquer dano ao erário.

Nesse passo, tenho que no enfrentamento decisório do tópico acima, a questão conclama para a adoção do princípio da coerência a ser extraída de julgamentos iguais ou assemelhados já proferidos por esta Corte de Contas, dos quais destaca-se a matéria decidida no processo TC.MS nº TC.MS 16.447/2013 com o mesmo objeto e Órgão contratante, em cujo julgamento o ora Requerente obteve uma redução substancial no valor da multa que lhe foi cominada.

Em consequência, nesta parte da Decisão combatida, desponta a sugestão já concretizada no processo a que me reportei, acenando para a adoção do mesmo critério no julgamento da matéria aqui examinada, sem prejuízo da manutenção da declaração de irregularidade da Fase de Formalização do Terceiro Termo Aditivo e da Etapa de Execução Financeira da Despesa Contratual.

Assim, segundo o paradigma da coerência que deve existir entre os julgamentos desta Corte de Contas em relação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade nas aplicações de multas, entendo que a adoção da solução dada ao processo a que me reportei também comporta ser aplicável na espécie em apreciação, com um

redutor do valor da multa em quantia bem menos onerosa ao Requerente, já que naquele foram declarados irregulares dois Termos Aditivos maculados da mesma anomalia aqui detectada em apenas um dos vários Termos Aditivos celebrados.

Diante do exposto, formo minha convicção em consonância com o resultado entregue no Processo TC.MS nº 16.447/2013, e VOTO propondo ao Colendo Plenário que a matéria receba a seguinte solução:

CONHECER do Pedido de Revisão requerido pelo Sr. Vander Luis dos Santos Loubet, e JULGÁ-LO PARCIALMENTE procedente, com o efeito de proferir novo julgamento da matéria, para REDUZIR a MULTA imposta ao Requerente no "Item V", da Decisão Simples combatida nº 01/0003/2011, para o patamar do total de 250 (duzentas e cinquenta) UFERMS, cujo quantum é compreensivo de todas as punições pelas anomalias detectadas na celebração do Terceiro Termo Aditivo; na Execução Financeira do Contrato nº 09/1999; e na falta de resposta à diligência do Relator, ficando MANTIDOS os demais comandos da mesma decisão, RETORNANDO-SE o processo à jurisdição do Conselheiro-Relator originário da matéria, para prosseguimento, após comunicado o resultado deste julgamento aos interessados.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, pelo CONHECIMENTO E PARCIAL PROCEDÊNCIA do Pedido de Revisão interposto pelo Sr. Vander Luis dos Santos Loubet, com o efeito de proferir novo julgamento da matéria, visando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para REDUZIR a MULTA imposta ao Requerente no "Item V", da Decisão Simples combatida nº 01/0003/2011, para o valor de 250 (duzentas e cinquenta) UFERMS, tendo em vista as irregularidades detectadas na celebração do Terceiro Termo Aditivo; na Execução Financeira do Contrato nº 09/1999; e na falta de resposta à diligência do Relator, ficando MANTIDOS os demais comandos da mesma decisão, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Jerson Domingos

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros, José Ricardo Pereira Cabral, Iran Coelho das Neves, Marisa Joaquina Monteiro Serrano, Ronaldo Chadid e Osmar Domingues Jeronymo.

Presente, também, o Exmo. Sr. Procurador Geral de Contas João Antonio de Oliveira Martins Junior.

Campo Grande, 04 de novembro de 2015.

JERSON DOMINGOS
GAB. CONS. JERSON DOMINGOS