DECISÃO SINGULAR DSG - G.JRPC - 2272/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/15510/2015
PROTOCOLO	: 1625818
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SIDROLÂNDIA
JURISDICIONADO (A)	: ARI BASSO
CARGO	: PREFEITO MUNICIPAL
INTERESSADO (A)	: AGAPE COMÉRCIO DE PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.
TIPO DE PROCESSO	: NOTA DE EMPENHO N. 1034/2015
RELATOR (A)	: CONS. JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL

RELATÓRIO

Tratam os autos da prestação de contas relativa à contratação, pelo Município de Sidrolândia, da empresa Agape Comércio de Peças e Serviços Ltda. A contratação, realizada para a aquisição de peças para manutenção de ônibus e micro-ônibus do transporte escolar, foi instrumentalizada por meio da Nota de Empenho n. 1034/2015, emitida em substituição ao termo de contrato. Neste momento, examina-se a regularidade da **formalização** da referida nota de empenho e da **execução financeira** da contratação.

Os documentos presentes nos autos foram analisados pela 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ª ICE), que concluiu pela regularidade da formalização da nota de empenho, ressalvando a publicação intempestiva de seu extrato na imprensa oficial, e pela regularidade da execução financeira da contratação, conforme se observa na Análise n. 11704/2016 (peça n. 12, fls. 48-52).

Ao apreciar a matéria, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) manifestou-se por meio do Parecer n. 22042/2016 (peça n. 13, fls. 53-54), no qual opinou da seguinte maneira:

> I - **legalidade** e **regularidade com ressalva** da formalização da nota de empenho n. 1034/2015, nos termos do artigo 59, inciso II, da Lei Complementar n. 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso II, e artigo 122, inciso III, "a", ambos da Resolução Normativa TC/MS n. 76, de 11 de dezembro de 2013;
>
> II - **legalidade** e **regularidade** da prestação de contas da execução financeira do empenho, nos termos do art. 59, inciso I, da Lei Complementar n. 160/2012, combinado com o artigo 120, inciso III, e artigo 122, inciso III, "b", ambos da Resolução Normativa TC/MS n. 76, de 11 de dezembro de 2013;
>
> III - **multa** ao jurisdicionado, Senhor Ari Basso, inscrito no CPF n. 058.019.820.00, com fulcro no art. 77, VIII, da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul, combinado com o art. 44, I, da Lei Complementar n. 160/2012, pela infringência ao parágrafo único do art. 61, da Lei Federal n. 8.888/93;
>
> (...)

É o relatório.

Examinando a prestação de contas em julgamento, verifico que a Nota de Empenho n. 1034/2015 foi emitida em 28.5.2015 (peça n. 2, fl. 8), tendo seu extrato sido publicado na imprensa oficial somente em 20.8.2015 (peça n. 3, fl. 14). Considerando que a nota de empenho em julgamento foi emitida em substituição ao termo de contrato, constata-se que não houve cumprimento à regra do parágrafo único do art. 61 da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que determina:

> Art. 61 (...)
>
> Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Sobre a publicação intempestiva do extrato da nota de empenho, o jurisdicionado justificou à folha 43 (peça n. 11) que:

> (...) quando as aquisições são necessárias são providenciados empenho preliminares e destes são efetivados as despesas, não necessitando de contratos face o que dispõe o art. 62 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos LLCA de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores, se não vejamos: "Art. 62. O instrumento de **contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades** de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substitui-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, **nota de empenho de despesa**, autorização de compra ou ordem de execução.". (grifado no original)

No entanto, diante da possibilidade de substituir o termo de contrato por outros instrumentos hábeis, o jurisdicionado foi além na interpretação da lei, concluindo que também seria possível dispensar-se a publicação resumida do instrumento substitutivo do termo de contrato, conforme se observa na continuidade dos argumentos apresentados a este Tribunal (peça n. 11, fl. 43):

> A LLCA impõe a necessidade de publicar o extrato de contratos e termos aditivos nos termos do parágrafo único do art. 61. Então, se por obrigatório tem-se a elaboração do contrato nos casos e que as aquisições tenham por valor os limites compreendidos para aplicação da modalidade Tomada de Preços e Concorrência, qualquer dos valores abaixo destes limites onde é facultada sua substituição por outros instrumentos hábeis, pela lei não requer a publicação destes.

Em sua defesa, o jurisdicionado acrescentou (peça n. 11, fl. 46) o seguinte entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre a publicação de outros instrumentos hábeis em substituição legal ao termo de contrato:

> (...) o Parágrafo 4° do diploma citado [Lei 8.666 de 1993, art. 62], ainda sobre o mesmo tema, dá ao administrador a possibilidade de dispensar a confecção de Termo de Contrato e faculta a utilização dos seus substitutivos quando se tratar de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, independentemente do seu valor, desde que não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica. **Nestes casos, é evidente que não haverá o que ser publicado**, mesmo porque a relação estará extinta com a entrega dos bens adquiridos.
>
> Pelo exposto, percebe-se que não há possibilidade de não se publicar o instrumento de contratos ou qualquer um dos seus substitutivos, **salvo se a situação estiver enquadrada nas hipóteses do § 4° do art. 62 da Lei N° 8.666/93**. (grifos meus)
>
> Resolução TCE/MG n. 14.919, de 22 de agosto de 1996. Resumo: Consulta sobre dispensa da publicação da Nota de Empenho. Processo N. 96/54360-7. Relator: Conselheiro NELSON LUIZ TEIXEIRA CHAVES.

No entanto, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais mudou seu entendimento a respeito do tema, conforme se observa no excerto abaixo transcrito, retirado da edição de 2014 da revista *A Lei 8.666/93 e o TCEMG*, publicação destinada à divulgação e sistematização da jurisprudência da Corte de Contas mineira:

> (...) **reputo indispensável a publicação de todo instrumento contratual, ainda quando seja dispensável a lavratura do termo, conforme faculta o § 4º do art. 62, em observância ao princípio maior da publicidade, que é imperativo aos entes da administração pública**.[...] as demais modalidades instrumentais previstas no art. 62 da Lei n. 8.666/93, que podem substituir o termo de contrato, equiparam-se aos contratos administrativos e, por conseguinte, estão sujeitos à publicação. O que a lei dispensa é a lavratura do termo e não a exigência da publicidade, o que, aliás, nem poderia fazê-lo por se tratar de um princípio constitucional inarredável. [...] A publicação resumida do extrato do instrumento há de ser providenciada pela administração, uma vez que a lei, ao possibilitar a substituição do termo pelos documentos mencionados no art. 62, conferiu a eles a eficácia de verdadeiros contratos administrativos, e por isso precisam ser publicados. Cumpre-me apenas acrescentar que a publicação do documento será feita resumidamente, devendo conter apenas as condições essenciais de todo contrato, previstas no art. 55 da Lei n. 8666/93, no que couber. [...] Verifica-se pela redação do parágrafo único do art. 60, que a hipótese mencionada pelo consulente [contrato verbal para as pequenas compras de pronto pagamento,

> nas condições do parágrafo único do art. 60] é totalmente distinta da do § 4º, do art. 62, porque na primeira, a lei dispensou a exigência de qualquer formalização, seja por meio de termo de contrato ou de qualquer outro documento; o contrato, neste caso, não é escrito, é verbal. Além do que se aplica apenas aos casos daquelas despesas de pequeno valor feitas em regime de adiantamento. **Já na hipótese do § 4º do art. 62 há exigência de formalização contratual, que pode se dar através do "termo" ou dos demais documentos mencionados no art. 62, que foram pela lei equiparados àquele. Por essa razão, precisam de ser publicados**. Contudo, na hipótese do contrato verbal, entendo que a publicação não é necessária, porque inexistente qualquer forma instrumental. [Consulta n. 454.477. Rel. Conselheiro Sylo Costa. Sessão do dia 25/11/1998] (grifos meus).
>
> Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Ano 2014. Edição Especial: A Lei 8.666/93 e o TCEMG, pág. 314. Disponível em <http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/821>. Acesso em 7 mar 2017.

A obrigatoriedade da publicação do instrumento que substitui o termo de contrato também pode ser extraída do seguinte trecho do Acórdão n. 489/2001, da Primeira Câmara do Tribunal de Contas da União:

> A substituição desse termo [contrato] pela nota de empenho, como pretende o responsável, é permitida, desde que atendido, no que couber, o disposto no art. 55 da Lei 8.666/93, isto é, que na nota de empenho constem as cláusulas necessárias para a perfeita execução do contrato, de forma que fiquem registrados os direitos e obrigações do contratado e do contratante, **sendo obrigatória, também, a sua publicação**. (grifo meu)

Marçal Justen Filho tece comentários valiosos sobre a questão, corroborando a necessidade de publicação do instrumento substitutivo do contrato, em obediência aos termos dispostos no parágrafo único do art. 61 da Lei n. 8.666/1993. Vejamos:

> Alguns pensam que as regras sobre contrato administrativo apenas se aplicam quando for assinado um *termo de contrato*, concepção incompatível com a ordem jurídica. Essa colocação é totalmente incorreta e pode ter efeitos muito graves. Deve ter-se em vista que a existência de um *contrato administrativo* não depende da forma adotada para a sua formalização. Existe contrato administrativo mesmo quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho. Aperfeiçoa-se o contrato administrativo quando completados os atos jurídicos necessários à formalização que exterioriza o acordo de vontades.
>
> **Por isso, todas as regras previstas na Lei aplicam-se, independentemente da escolha de uma das formas previstas no artigo ora examinado** [art. 62 da Lei n. 8.666/1993]. (grifo meu)

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. Ed. São Paulo: Dialética, 2009. Págs. 731-732.*

Depreende-se, portanto, que independentemente do instrumento utilizado para formalizar a contratação, a Administração não pode eximir-se de seguir a regra do parágrafo único do art. 61 da Lei n. 8.666/1993. Vale registrar que a publicação resumida do instrumento contratual na imprensa oficial, além de ser condição indispensável para eficácia do contrato administrativo, contribui para dar publicidade e transparência às contratações da Administração Pública, permitindo que o controle externo seja exercido não só pelos órgãos de controle mas também pelos cidadãos.

Diante disso, concordo parcialmente com o posicionamento da 1ª ICE e do representante do MPC e decido nos sentidos de:

I – declarar, com fundamento na regra do art. 59, III, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012 a **irregularidade** da formalização da Nota de Empenho n. 1034/2015 (emitida pelo Município de Sidrolândia em substituição ao termo de contrato e em favor da empresa Agape Comércio de Peças e Serviços Ltda.), pelo não cumprimento à regra do parágrafo único do art. 61 da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – declarar, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, a **regularidade** da execução financeira da contratação instrumentalizada na Nota de Empenho n. 1034/2015;

III – **aplicar multa** no valor equivalente a 20 (vinte) UFERMS ao senhor **Ari Basso**, CPF 058.019.820-00, Prefeito Municipal de Sidrolândia na época dos fatos, pela infração decorrente da irregularidade descrita no inciso I, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012;

IV – **fixar o prazo** de 60 (sessenta) dias, contados da data da publicação desta Decisão no Diário Oficial (eletrônico) deste Tribunal (DOTCE/MS), para o apenado pagar o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, conforme as disposições do art. 50, I, e do art. 83, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 172, §1º, I e II, do Regimento Interno.

É a decisão.

Campo Grande, 24 de março de 2017.

JOSÉ RICARDO PEREIRA CABRAL
Conselheiro relator

RT