ACÓRDÃO - AC00 - 1485/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/18422/2013/001
PROTOCOLO	: 1902934
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO em CONTRATAÇÃO PÚBLICA
ÓRGÃO	: AGÊNCIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE CAMPO GRANDE
RECORRENTE	: DIRCEU DE OLIVEIRA PETERS
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – DECISÃO SINGULAR – CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMOS ADITIVOS – PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA DOS EXTRATOS DE ADITIVOS – MULTA – APLICAÇÃO DA LINDB – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – EXCLUSÃO DA SANÇÃO – RESSALVA – CONHECIMENTO – PROVIMENTO.

A publicação tardia do extrato do termo aditivo na imprensa oficial não vicia a contratação, constituindo falha de ordem meramente formal, razão esta que permite excluir a multa aplicada ao recorrente pela intempestividade, considerando a boa-fé do jurisdicionado em solucionar irregularidades dessa natureza, e com fundamento na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), e no Princípio da Razoabilidade, para adequação da medida imposta (Parágrafo único do art. 20, parágrafo único do art. 21 e § 2º do art. 22).

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 5ª Sessão Ordinária Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 15 de setembro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **conhecer e dar provimento** ao Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **Dirceu de Oliveira Peters** Ex-secretário Municipal da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande/MS – EMHA, por observância aos postulados de admissibilidade prescritos nos Artigos 159 e seguintes do RITC/MS, para o fim de excluir o Item “III” da **Decisão Singular G.JD - 21935/2017**, no sentido de **isentar o recorrente da sanção** imposta pela publicação intempestiva do extrato do 4º e 5º Termos Aditivos, tendo em vista que a publicação tardia do referido extrato na imprensa oficial não vicia a contratação, constituindo falha de ordem meramente formal e em face da boa-fé do jurisdicionado em solucionar irregularidades dessa natureza.

Campo Grande, 15 de setembro de 2021.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Trata-se de **RECURSO ORDINÁRIO** interposto pelo **SR. DIRCEU DE OLIVEIRA PETERS**, Ex-secretário Municipal da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande/MS – EMHA, em face da Decisão Singular G.JD - 21935/2017, que aplicou multa no valor de 15 (quinze) UFERMS, pela publicação intempestiva do 4º e 5º Termo Aditivo ao Contrato Administrativo n. 05/2013.

A **Decisão Singular – "DSG-G.JD – 21935/2017"**, encartada a peça n. 43, do processo originário, TC/18422/2013, julgou pela regularidade da formalização do Contrato Administrativo n. 05/2013 e do 1º ao 6º Termos Aditivos.

O recorrente, ordenador de despesas à época, insurge-se contra a decisão acima citada, apresentando suas razões e fundamentos, aduzindo que não agiu com dolo ou culpa, e que tais atos não dependeram exclusivamente de sua atitude, pois dependia da parte contratada em decidir sobre as cláusulas dos Termos Aditivos e pugnou pela reforma da decisão recorrida, com a consequente extinção da multa aplicada.

Os autos foram encaminhados ao **Ministério Público de Contas-MPC**, que manifestou seu entendimento por **CONHECER** do Recurso Ordinário, e no mérito**, negar-lhe PROVIMENTO**.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

I – CONHECIMENTO

O presente recurso atende aos requisitos de admissibilidade descritos na alínea "a" do inciso I do art. 67 da Lei Complementar Estadual n. 160/2012 e arts. 149 a 151 da Resolução Normativa n. 76/2013, vigente à época da interposição.

Assim, conhece-se do Recurso Ordinário e passa-se à apreciação do mérito.

II – MÉRITO

O recorrente opõe-se contra a Decisão Singular "DSG - G.JD - 21935/2017", que deliberou pela aplicação de multa no valor de 15 (quinze) UFERMS, em razão da publicação intempestiva do extrato do 4º e 5º Termos Aditivos na imprensa oficial, referente ao Contrato Administrativo n. 05/2013, conforme se expõe:

I – pela **REGULARIDADE** da formalização do Contrato nº 05/2013, oriundo do Pregão Presencial nº 090/2013, celebrado entre o Município de Campo Grande e a empresa OI S/A, nos termos do artigo 59 I, da Lei Complementar n. 160/2012 c/c artigo 120, II, da Resolução Normativa n. 76/2013;

II - Pela **REGULARIDADE** da formalização dos aditamentos (1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º Termos Aditivos), nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar nº 160/2012 c/c o art. 120, §4º da Resolução Normativa TC/MS nº 076/2013;

III - pela **APLICAÇÃO DE MULTA** ao responsável, **Sr**. **Dirceu de Oliveira Peters** – CPF n. 547.812.488-53, Secretário Municipal à época, responsável pela formalização do 4º e 5º Termos Aditivos, no valor correspondente a 15 (quinze) UFERMS, por infração à prescrição legal e regulamentar, nos termos do art. 44, I da Lei Complementar nº 160/2012 e no artigo 170, inciso I, do Regimento Interno (RN nº 76/13), pela infringência ao artigo 61 Parágrafo Único da Lei n. 8.666/93;

Irresignado, o recorrente apresenta suas razões e fundamentos, aduzindo, que não houve culpa exclusiva do gestor na falta de publicação do contrato dentro do prazo previsto, pois, o contratado se tornou inerte em decidir, demorando em tomar uma medida augusta em relação ao processo de aditivo de contrato, suplicando ao final, pela revisão do julgado e a exclusão da multa aplicada.

O atraso ocorrido no envio da publicação dos Termos Aditivos se deu por inércia da empresa OI S/A que demorou a tomar uma decisão em relação aos novos termos do aditivo, condicionando o gestor a, infelizmente, deixar de cumprir a regra contida no artigo 61, parágrafo único da Lei n. 8.666/93.

A tendência moderna das decisões administrativas nos encaminha para a aplicação do bom senso nos tratos administrativos, pois como todos sabem, a lei de regência das licitações são definidoras do princípio da legalidade, porém, não podemos engessar o Gestor ao ponto de por motivo de força maior ou caso fortuito ser responsabilizado pela ação negativa do fato.

A ação negativa do fato é justamente aquela que não depende diretamente do gestor, ou seja, o administrador executivo depende de fatores externos para a conclusão do contrato, que foi o caso nos presentes autos.

Por óbvio que o gestor jamais iria publicar contratos fora do prazo sabedor das penalidades e sanções, em contrapartida, também não podemos punir determinados atos de pro forma com grau de vinculação maior do que daqueles que dependam de uma maior punibilidade, ou seja, citamos como exemplo um motorista que age com dolo ao chocar viatura da polícia em pedestre na faixa da trânsito, pois nesse caso. a falta grave como funcionário público é maior, merecendo punição nas três esferas jurídicas, civil, penal e administrativa.

No caso do Interessado, em momento algum restou demonstrado que o mesmo agiu com dolo ou culpa, sequer os atos dependeram única e exclusivamente de sua decisão administrativa, frise-se, o gestor dependia de fatores externos, como por exemplo, a decisão da parte contratante em decidir sobre as cláusulas do

> aditivo do contrato, capengando assim o prazo para publicação do mesmo. (fls. 4 a 5)

Assim, o ponto nodal do recurso repousa no arbitramento de multa de 15 (quinze) UFERMS **pela publicação intempestiva do 4º e 5º Termo Aditivo ao Contrato Administrativo n. 05/2013**, ao Contrato Administrativo n.05/2013, em desobediência ao prazo estabelecido na Lei de Licitações e Contratos, Lei n. 8.666/93.

Registra-se que a Decisão Singular **"DSG - G.JD - 21935/2017"**, julgou pela regularidade da formalização do Contrato n. 05/2013 e dos Termos Aditivos.

No presente, houve o atraso na publicação na imprensa oficial do 4º Termo Aditivo em 13 (treze) dias e do 5º Termo Aditivo em 22 (vinte e dois) dias, descumprindo a obrigação estipulada no parágrafo único do artigo 61 da Lei 8.666/93. No entanto, todos os demais atos praticados no presente processo versam a regularidade dos procedimentos.

Consoante a referida intempestividade na publicação dos extratos dos Termos Aditivos, observa-se que mesmo na forma tardia, a publicação restou efetivada, possibilitando a transparência dos atos, segundo os princípios balizadores da boa gestão pública.

Nessa perspectiva, ainda que a publicação do extrato tenha sido intempestiva, não pairam dúvidas que foram cumpridas as diretrizes legais traçadas pela citada norma legal e pelos princípios expressos no artigo 37 "caput" [1] da Constituição Federal, além das normas regimentalmente previstas por esta Corte Fiscal.

Nessa acepção, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

> "A Administração tem o dever de promover a publicação dentre desse prazo. Nada impede que o faça em prazo menor, até mesmo pelo interesse em que os prazos contratuais iniciem seu curso imediatamente. E se o fizer em prazo superior? O descumprimento a esse prazo não vicia a contratação, nem desfaz o vínculo" 2.

Ademais, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul consolida-se na recomendação ao gestor para melhor observar a publicidade dos instrumentos contratuais, não havendo, pois, multa a ser fixada. Vejamos:

> **EMENTA: CONTRATO ADMINISTRATIVO – AQUISIÇÃO DO LICENCIAMENTO PERPÉTUO DESISTEMA – TERMOS ADITIVOS – CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO DISCIPLINADORA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – REGULARIDADE – PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA DO EXTRATO NA IMPRENSA OFICIAL – AUSÊNCIA DE**

[1] Art. 37. A administração publica direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte (...)

[2] Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PREJUÍZOAO ERÁRIO – IMPROPRIEDADEDE NATUREZA MERAMENTE FORMAL – REMESSA INTEMPESTIVA – REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO.I.

Declara-se a regularidade da formalização dos termos aditivos que se encontram em consonância com a legislação disciplinadora das contratações públicas .II. A publicação do extrato do termo aditivo na imprensa oficial fora do prazo legal, que não causou prejuízo ao Erário, constitui impropriedade de natureza meramente formal, sendo suficiente a ressalva na regularidade declarada, que resulta recomendação ao atual responsável para que observe, com maior rigor, os prazos previstos, a qual é cabível também para a intempestividade da remessa dos documentos ao Tribunal de Contas. (ACÓRDÃO - AC01 -5/2021, Processo TC/11914/2014, Relator Waldir Neves Barbosa, data 03/12/20200).

Neste diapasão, há de salientar que a publicação intempestiva não acarretou prejuízos ao Erário, constituindo improbidade de natureza meramente formal, insuficiente para gerar irregularidade no processo, evidenciando, que dessa forma, caso de ressalva prevista no art. 59, inciso II da Lei Complementar nº 160/2012.

Para mais, **em decorrência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as inovações produzidas pela Lei nº 13.655/2018, o Princípio da Razoabilidade passou a ter grande importância nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial.**

A LINDB renovada abusa de termos como "necessidade e adequação da medida imposta" (Parágrafo único do art. 20), "modo proporcional e equânime" (Parágrafo único do art. 21) ou "natureza e gravidade da infração" e "circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente" (§ 2º do art. 22).

Especificamente o caput do art. 22 da LINDB oferta um parâmetro de realidade relevantíssimo em matéria de hermenêutica, qual seja:

> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Nesses termos, dou provimento ao recurso, para reformar a Decisão "DSG - G.JD - 21935/2017", afastando a multa aplicada e incluir a ressalva na regularidade do 4º e 5º Termo Aditivo.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, discordando do parecer do Ministério Público de Contas-MPC e, considerando as razões de fato e de direito nas alegações apresentadas pelo recorrente, **VOTO:**

I – **CONHECER** do Recurso Ordinário interposto pelo **SR. DIRCEU DE OLIVEIRA PETERS** (CPF 547.812.488-53), Ex-secretário Municipal da Agência Municipal de Habitação de Campo Grande/MS – EMHA, por observância aos postulados de admissibilidade prescritos nos Artigos 159 e seguintes do RITC/MS;

II – No mérito, dar **PROVIMENTO** ao pedido formulado, para o fim de excluir o Item "III" da Decisão Singular G.JD - 21935/2017, no sentido de isentar o recorrente da sanção imposta pela publicação intempestiva do extrato do 4º e 5º Termos Aditivos, tendo em vista que a publicação tardia do referido extrato na imprensa oficial não vicia a contratação, constituindo falha de ordem meramente formal e em face da boa-fé do jurisdicionado em solucionar irregularidades dessa natureza, nos termos do art. 22 do Decreto-Lei n. 4657/1942, incluído pela Lei n. 13.655/2018 e Art. 181, § 4º, II, do RITC/MS;

III – **INTIMAR** os interessados do resultado deste julgamento, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao Recurso Ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo e Marcio Campos Monteiro.

Presente, o Exmo. Sr. Procurador do Ministério Público de Contas João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 15 de setembro de 2021.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator

GLX / VAB/dssm