Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 923/2016

PROCESSO TC/MS	**:** TC/72193/2011
PROTOCOLO	**:** 1162595
TIPO DE PROCESSO	**:** CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 117/11
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORA
JURISDICIONADO	**:** FLÁVIO ESGAIB KAYATT
CARGO	**:** PREFEITO
INTERESSADO	**:** M.&.V COMUNICACAO E PLANEJAMENTO LTDA – EPP
OBJETO	**:** PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE, MARKETING E PROPAGANDA
VALOR	: R$ 2.364.255,32
RELATOR	**:** RONALDO CHADID

EMENTA: I - CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO DE TERMOS ADITIVOS - SERVIÇOS DE PUBLICIDADE, MARKETING E PROPAGANDA – PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA – ACRÉSCIMO DE VALORES – AUSÊNCIA DE PRÉVIA JUSTIFICATIVA – IRREGULARIDADE – MULTA. II - EXECUÇÃO FINANCEIRA – INOBSERVÂNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL – PAGAMENTO INDEVIDO – IRREGULARIDADE – IMPUGNAÇÃO DO VALOR – MULTA.

I – É irregular a formalização dos Termos Aditivos, em razão da ausência de justificativas para respectivas celebrações, com finalidade de prorrogação dos prazos e acréscimos de valores, o que enseja a aplicação de multa.

II – É irregular a execução financeira em razão do pagamento indevido de percentual maior do que o acordado em cláusula contratual, o que enseja impugnação do valor, obrigação de restituição do valor impugnado e aplicação de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 7ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 19 de abril de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em declarar a irregularidade da formalização dos Termos Aditivos de nº 1 a 3 ao Contrato nº 117/11, declarar a irregularidade da execução financeira e a impugnação de R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos), com obrigação de restituição do valor impugnado e aplicar multa no valor de 302 (trezentas e duas) UFERMS, ao Sr. Flávio Esgaib Kayatt, Prefeito Municipal de Ponta Porã - MS.

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

Examina-se a formalização dos Termos Aditivos de nº 1 a 3 ao Contrato 117/11 celebrado pelo *Município de Ponta Porã* com a empresa de pequeno porte *MV Comunicação e Planejamento Ltda.,* para a prestação de serviços na área de publicidade, *marketing* e propaganda, conforme *Cláusula 1ª* do termo contratual de f. 326.

Examina-se, igualmente, a execução financeira da contratação, haja vista que o procedimento licitatório e a formalização do contrato em tela já foram objeto de apreciação por esta Corte, merecendo decisão favorável à legalidade e regularidade de ambos, nos termos da **Decisão Singular nº 8198/11** (f. 352).

Através de diversos ofícios o Ordenador da Despesa enviou documentação pertinente à formalização dos aditamentos (1º a 3º), da execução financeira e da rescisão unilateral (f. 855), tendo sido a mesma submetida à análise técnica que preliminarmente entendeu pela necessidade de realização de inspeção no Município (ANP 3362/13 – f. 1026), o que foi deferido através do despacho de f. 1069.

Após a realização da inspeção a equipe técnica apontou algumas irregularidades (RDI 11/13 – f. 1047) e requereu a intimação do jurisdicionado, o que foi levado a termo através dos documentos de f. 1070 e 1071, tanto para o Ex-Prefeito e Ordenador da Despesa, Sr. Flávio Esgaib Kayatt, quanto para o atual Prefeito, Sr. Ludimar Godoy Novais, sendo que este respondeu de pronto, justificando a impossibilidade de remeter documentação pertinente ao contrato em tela, uma vez que não encontrou nada que pudesse auxiliar, haja vista que o procedimento fora realizado pela gestão anterior.

Sendo assim, novamente submetido à análise técnica a 5ª ICE concluiu que permaneceram não sanadas as irregularidades apontadas: ausência de justificativa para realização dos aditamentos; desconto indevido de 5%, gerando prejuízo ao erário; inconsistência no parecer jurídico para celebração dos aditamentos, dentre outras, que o procedimento estava em dissonância com as normas de licitações, contratações públicas e de direito financeiro, desatendendo ao estatuído nas leis internas e externas e sugerindo a impugnação do valor pago indevidamente de R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos).

Logo após a realização da análise em comento foi juntado aos autos o Ofício de f. 1090 com a resposta do Ordenador da Despesa, Sr. Flávio Esgaib Kayatt, prestando esclarecimentos acerca dos apontamentos feitos na análise preliminar e anexando documentos, razão pela qual o Ministério Público de Contas requereu ao Relator a remessa novamente à 5ª ICE, pedido esse indeferido através do despacho de f. 1106 por entender que a resposta do Ordenador tinha natureza meramente de

ordem fática e jurídica, não contemplando novas provas que merecessem a análise técnica.

Ato contínuo, o Ministério Público de Contas emitiu parecer no sentido da legalidade e regularidade da formalização dos três Termos Aditivos e da execução financeira, uma vez que acatou as justificativas apresentadas pelo Ordenador, nos termos do Parecer nº 9682/15 (f. 1107).

É o relatório, passo às razões do voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid – Relator

Antes de adentrar à análise de mérito dos aspectos relativos à regularidade do certame, cumpre estabelecer que, consoante à disposição do artigo 13, II, "a", do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa nº 76/2013, em razão do valor total atribuído ao mesmo – R$ 1.080.000,00 (um milhão e oitenta mil reais) – e o valor da UFERMS (R$15,89) na data da assinatura de seu termo de formalização (6/7/2011) – a competência para julgamento do contrato em apreço será da Câmara.

Preliminarmente, cumpre registrar que o que se aprecia nesta oportunidade é a formalização dos Termos Aditivos de nº 1 a 3 ao Contrato 117/11 e a sua execução financeira, uma vez que o procedimento licitatório e a celebração do contrato já foram objeto de julgamento por este Relator que em sede da Decisão Singular 8198/11 entendeu pela regularidade e legalidade de ambos (f. 352).

Vale ressaltar que o 1º e o 3º Termos Aditivos acrescentaram os valores de R$ 270.000,00 (duzentos e setenta mil reais) e R$ 1.080.000,00 (um milhão e oitenta mil reais) ao contrato e o 2º Termo Aditivo alterou o prazo de vigência, estendendo-o por mais três meses, passando o Contrato a vigorar com o valor final de R$ 2.430.000,00 (dois milhões quatrocentos e trinta mil reais); mesmo valor empenhado através da emissão das Notas de Empenho trazidas aos autos e elencadas na análise técnica de f. 1082.

Todavia à f. 847 e 848 constam duas Notas de Anulação de Empenho cujo valor total corresponde ao constante na Rescisão Contratual de f. 855 como saldo contratual, qual seja, R$ 65.744,68 (sessenta e cinco mil setecentos e quarenta e quatro reais e sessenta e oito centavos).

O 2º e o 3º Termo Aditivo prorrogaram o prazo da contratação por mais dois e oito meses, respectivamente, tudo conforme se demonstrará no quadro sinóptico a seguir (Quadro I).

Sendo assim, no que tange à formalização dos aditamentos, observo que a competente equipe técnica da 5ª ICE procedeu à análise minuciosa da documentação que compõe os volumes do processo em tela, inclusive com a

realização de uma inspeção *in loco* diante da demonstrada necessidade de se obter junto ao jurisdicionado as informações que faltavam para a regular instrução processual, inspeção essa que conseguiu sanar alguns apontamentos feitos pela mesma equipe na análise preliminar de f. 1026 (ANP 3362/13).

Como resultado da inspeção, a equipe concluiu que (ANA 14965/14 – f. 1082):

> a) Os termos aditivos (1º a 3º) foram realizados sem atender corretamente a legislação pertinente, ou seja, a Lei de Licitações (8.666/93), pois não constam nos autos nem foram apresentadas à equipe as justificativas para sua celebração;
> b) Há uma inconsistência no parecer jurídico pertinente ao 3º Termo Aditivo – consta no parecer que a prorrogação será por 12 meses, quando na verdade foi de 8 meses - porém, foi considerada como mera falha formal, já que não houve prejuízos ao erário;
> c) A comprovação material da efetiva realização dos serviços contratados, ausente nos autos, foi constatada por oportunidade da inspeção, restando superada a irregularidade inicialmente apontada;
> d) Com a inspeção, ainda, documentos ilegíveis e também os não enviados foram trazidos aos autos, restando comprovada a liquidação da despesa conforme se demonstrará no quadro sinóptico (Quadro II) e embora os valores foram corretamente processados, permaneceu a irregularidade quanto ao pagamento maior do que o previsto contratualmente. Explica-se: na *Cláusula Segunda – item 2.8* do instrumento contratual ficou definido o percentual de 20% (vinte por cento) a ser pago a título de remuneração à contratada, todavia, conforme comprovam as notas fiscais emitidas e os pagamentos efetuados, o referencial utilizado foi de 25% (vinte e cinco por cento).

Embora intimado, até a confecção desta análise conclusiva o Ordenador da Despesa não havia encaminhado sua resposta, acarretando na decretação da revelia de f. 1080.

Posteriormente, contudo, o mesmo encaminhou a petição de f. 1090 com as justificativas sobre o que lhe fora questionado através da intimação de f. 1071, contendo os seguintes esclarecimentos, em resumo:

a) As justificativas para a realização dos aditamentos (1º a 3º) estão no bojo do parecer jurídico da Procuradoria Municipal;
b) A equipe técnica fez interpretação equivocada no que tange ao pagamento do percentual de 25% (vinte e cinco por cento) ao invés dos 20% (vinte por cento) contratados, uma vez que houve um “desconto” na verdade, e não pagamento, beneficiando os cofres públicos.

Pontualmente, antecipando o mérito do julgamento neste aspecto, as justificativas apresentadas pelo jurisdicionado não devem prosperar, pelas seguintes razões:

a) A Lei 8.666/93 expressamente prevê a necessidade de se fazer as *devidas justificativas* quando da elaboração de aditamentos ao contrato (art. 65), significando, por óbvio, que este é um requisito a validar as alterações contratuais. O parecer jurídico é outro requisito, constante do parágrafo único do artigo 38 e por isso também deve ser compreendido como um ato dissociado da justificativa que, a meu ver, deve ser prévia para então ser mencionada no parecer que avaliará, inclusive, seu teor, mencionando-a, aí sim, no corpo do parecer. Ademais, compulsando os autos, verifico que os pareceres jurídicos pertinentes aos três aditamentos são genéricos e não fazem menção expressa à existência de justificativa prévia para sua celebração, consequentemente, as justificativas não foram individualizadas e maculam o procedimento;
b) A equipe da 5ª ICE fez, como já mencionado, minucioso trabalho técnico, não só de análise documental como também corroborado pela inspeção *in loco* e cristalinamente identificou que o percentual pago a mais, ainda que com a nomenclatura de "desconto padrão" corresponde na verdade em pagamento de comissão, inclusive pela interpretação que a norma específica dá para os casos dessa natureza (art. 11 da Lei 4.680/65). Tanto é assim que o **valor final** das Notas Fiscais emitidas onde constam os chamados "desconto padrão" (leia-se "comissão" devida à agência que intermedia a contratação junto aos veículos de imprensa) corresponde à somatória dos valores descritos em cada item, inclusive no percentual de 25%, não havendo decréscimos ou descontos no exato sentido da palavra.

Embora a execução financeira se apresente contabilmente correta, está demonstrado que não ocorreu da forma pactuada no contrato, senão vejamos: o Contrato nº 117/11 foi celebrado em 6/7/2011, com valor inicial de R$ 1.080.000,00 (um milhão e oitenta mil reais), e prazo de vigência até a data de 06/2/2012, todavia, com a celebração dos Termos Aditivos de nº 1 a 3, resultou nos seguintes valores e prazo de vigência finais:

QUADRO I

CONTRATO/TA	ASSINATURA	OBJETO	VALOR	F.
Nº 117/11	6/7/2011	Prestação de serviços	R$ 1.080.000,00	326
1º Termo Aditivo	17/2/2012	Acréscimo de valor	+R$ 270.000,00	548
2º Termo Aditivo	17/2/2012	Altera vigência + 2 m	/	
3º Termo Aditivo	27/3/2012	Altera vigência (+ 8m) e valor	+ R$ 1.080.000,00	608

Consta nos autos a publicação do *Termo de Rescisão Unilateral* (f. 856), justificado pela ausência de necessidade de execução da despesa, com saldo contratual de R$ 65.744,68 (sessenta e cinco mil setecentos e quarenta e quatro reais e sessenta e oito centavos), valor esse correspondente às Notas de Anulação de Empenho de nº 111/12 e 112/12 somadas, de f. 847 e 848 respectivamente, sendo assim, a prestação de contas referente à contratação assim se apresenta:

QUADRO II

RESUMO DA EXECUÇÃO FINANCEIRA DO CONTRATO 117/11		
VALOR INICIAL DO CONTRATO	-	R$ 1.080.000,00
VALOR FINAL APÓS ADITAMENTOS	-	R$ 2.430.000,00
TOTAL EMPENHADO	-	R$ 2.430.000,00
TOTAL ANULADO/SALDO CONTRATUAL	-	R$ 65.744,68
VALOR EMPENHADO-VALOR ANULADO	-	R$ 2.364.255,32
DESPESA LIQUIDADA (NOTAS FISCAIS)	-	R$ 2.364.255,32
PAGAMENTOS EFETUADOS (O.PGTO)	-	R$ 2.364.255,32

Verifico, portanto, que quanto ao processamento contábil da execução financeira não houve irregularidades, já que o valor contratado, mesmo com os acréscimos legais, foi previamente empenhado, sendo que com a Rescisão Unilateral, o saldo devedor foi anulado; os pagamentos foram efetuados na exata medida da liquidação apontada nas notas fiscais, porém demonstra que não ocorreu de forma pactuada no item 2.8 da cláusula segunda do contrato

Insta mencionar, ainda, que a comprovação da execução dos serviços contratados foi atestada pela equipe da 5ª ICE na oportunidade em que realizaram a inspeção *in loco* (ANA 14965/14 – f. 1082).

O Ordenador da Despesa e Ex-Prefeito do Município de Ponta Porã, Sr. Flávio Esgaib Kayat, demorou cerca de um ano para responder à Intimação nº 9284/13 (f. 1071), tendo sido a petição de f. 1090 protocolizada após a análise técnica conclusiva, porém, antes da emissão do Parecer do Ministério Público de Contas, razão pela qual o representante do parquet requereu a remessa novamente à 5ª ICE.

Não obstante a oportunidade concedida o Ordenador não trouxe aos autos justificativas para o pagamento em percentual maior (25%) do que fora acordado (20%) no item 2.8 da *cláusula segunda do instrumento contratual.*

A diferença apontada corresponde ao importe de R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos), valor este retirado dos cofres públicos indevidamente, motivo pela qual o Ordenador deve ressarcir os cofres públicos do prejuízo causado.

Além do **ressarcimento, as irregularidades sujeitam o jurisdicionado à multa** prevista no regimento interno, sendo assim, tendo como parâmetro casos assemelhados já julgados nesta Corte, o conjunto de elementos de convencimento demonstrados, em observância à proporcionalidade entre a sanção ora aplicada, que prevê multa de 5 a até 100% do prejuízo causado, e o grau de reprovabilidade da conduta praticada contra a norma legal – **infração grave** (artigo 43 da LC nº 160/12) –, bem como o desfalque causado aos cofres públicos municipais e demais

circunstâncias descritas no artigo 170, § 5º, incisos I e II da Resolução Normativa nº 76/13, é que proponho o valor da multa abaixo indicado.

São as razões que fundamentam o voto.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto e com base nas elucidações feitas pela equipe técnica, deixo de acolher o parecer do Ministério Público de Contas e com fundamento no que dispõe o artigo 120, inciso III c/c § 4º do Regimento Interno do TCE/MS, aprovado pela Resolução Normativa nº 76/2013, **V O T O**:

I – Pela **IRREGULARIDADE** da formalização dos Termos Aditivos de nº 1 a 3 ao Contrato nº 117/11 celebrado entre o *Município de Ponta Porã* e a empresa de pequeno porte *M.&.V. Comunicação e Planejamento Ltda,* por descumprimento à regra contida no artigo 65 da Lei 8.666/93 em face da ausência de justificativa para a prorrogação dos prazos e acréscimos de valores;

II – Pela **IRREGULARIDADE** da execução financeira do Contrato nº 117/11, em razão do pagamento indevido, caracterizado pela aplicação de percentual maior do que fora acordado na "cláusula segunda – 2.8" do instrumento contratual, causando prejuízo ao erário no importe de R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos), conforme apurado e detalhadamente demonstrado no Relatório de Inspeção de f. 1053 a 1055 dos autos;

III – Pela **IMPUGNAÇÃO** de R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos) pagos indevidamente, conforme consta no item II, responsabilizando o Ordenador de Despesas e Ex-Prefeito de Ponta Porã, Sr. Flávio Esgaib Kayatt, pelo ressarcimento do valor aos cofres públicos do Município, devidamente atualizado a partir de 7/12/2012, conforme orientação contida na primeira parte do *caput* do artigo 3º do Provimento nº 3/14 da Corregedoria Geral;

IV - Pela **APLICAÇÃO DE MULTA** em valor correspondente a **302 (trezentas e duas) UFERMS**, ao Sr. **Flávio Esgaib Kayatt**, Ordenador da Despesa e Ex-Prefeito do Município de Ponta Porã, assim distribuídas:

> a) **202 (duzentos e duas) UFERMS**, correspondentes à aproximadamente 10% (dez por cento) do prejuízo presumidamente causado aos cofres públicos do município – R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos) – caracterizado pelo pagamento indevido em razão do descumprimento da *Cláusula Segunda – item 2.8* do Contrato 117/11, nos termos do artigo 170, inciso II, da Resolução Normativa nº 76/13; e
> b) **100 (cento) UFERMS** pela ausência de justificativas para a realização do 1º ao 3º Termos Aditivos, afrontando a regra contida no artigo 65 da Lei 8.666/93, nos termos do artigo 170, inciso I, da Resolução Normativa nº 76/13;

V - Pela **CONCESSÃO DO PRAZO** de 60 (sessenta) dias a partir da data do recebimento da correspondência de ciência para pagamento da multa em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas (FUNTC), nos termos do artigo 172, § 1º, incisos I e II da Resolução Normativa 76/13, combinado com os artigos 54; 55 e 83 da Lei Complementar nº 160/2012, na esteira do que orienta o Provimento nº 3/2014 da Corregedoria-Geral do TCE/MS, em especial o artigo 1º, inciso II, bem como o mesmo prazo para a comprovação do recolhimento do valor impugnado aos cofres do município, devidamente atualizado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro Relator, em declarar a irregularidade da formalização dos Termos Aditivos de nº 1 a 3 ao Contrato nº 117/11, declarar a irregularidade da execução financeira e a impugnação de R$ 44.976,62 (quarenta e quatro mil novecentos e setenta e seis reais e sessenta e dois centavos), com obrigação de restituição do valor impugnado e aplicar multa no valor de 302 (trezentas e duas) UFERMS, ao Sr. Flávio Esgaib Kayatt, Prefeito Municipal de Ponta Porã – MS.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Ronaldo Chadid.

Tomou parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral.

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

Campo Grande, 19 de abril de 2016.

Conselheiro **Ronaldo Chadid**
Relator

GAB. RSB
SETAC. DSSM/HON