ACÓRDÃO - AC00 - 1396/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/00148/2012/001
PROTOCOLO	**:** 1918064
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO em PROCEDIMENTO LICITATÓRIO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE ANGÉLICA
RECORRENTE	**:** JOAO DONIZETI CASSUCI
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – DECISÃO SINGULAR – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONVITE – FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMO ADITIVO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – EXTRAPOLAMENTO DO LIMITE DE VALOR DA MODALIDADE LICITATÓRIA – CONTAMINAÇÃO – IRREGULARIDADE – MULTA – PARTE DAS IRREGULARIDADES AFASTADAS – REDUÇÃO DA MULTA – CONHECIMENTO – PROVIMENTO PARCIAL.

1. A 1ª fase (procedimento licitatório), a 2ª fase (formalização contratual), e a 3ª fase (execução contratual original) não se contaminam pela irregularidade do termo aditivo (extrapolação do limite de valor estabelecido no art. 23, II, a, da Lei (federal) n. 8.666/93 para a modalidade licitatória em questão (convite) após acréscimos de valor), devendo ser declarada a regularidade do procedimento licitatório e da formalização e do teor do Contrato Administrativo que verificados legais.

2. É vedada a prorrogação contratual no caso do somatório do valor da contratação ultrapassar o valor máximo previsto para a modalidade licitatória nos casos de convite, conforme estabelecido pelo § 5º do art. 23 da Lei n. 8.666/93, devendo ser mantida a decisão recorrida quando declarou a irregularidade da formalização do termo aditivo.

3. Verificada a existência de harmonia entre o valor empenhado e aqueles que depois liquidados e pagos, merece reforma da decisão para declarar a regularidade da execução orçamentária, mesmo que o valor supere o limite estabelecido para a modalidade utilizada, já que o vício de origem não autoriza o gestor público a suprimir o pagamento pelos serviços efetivamente prestados.

4. Mantida apenas a irregularidade do termo aditivo, deve ser declarada a regularidade das demais fases e reduzida a multa de forma proporcional. Provimento parcial do recurso.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 4ª Sessão Ordinária Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 1° de setembro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, em **conhecer e dar parcial provimento** ao Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **João Donizeti Cassuci**, Prefeito Municipal de Angélica na época dos fatos, para reformar

os itens 1, 2, 4 e 5, da Decisão Singular **DSG-G.ODJ3705/2018**, reconhecendo e declarando as **regularidades** do procedimento licitatório na modalidade Convite, da formalização e do teor do Contrato Administrativo n. 15/2011 e da execução orçamentária do contrato em comento e por fim reduzindo o valor da penalidade de multa aplicada ao recorrente no item 5 para o equivalente a 25 (vinte e cinco) UFERMS.

Campo Grande, 1° de setembro de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Trata a matéria dos autos do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. João Donizete Cassuci, Ex-Prefeito Municipal de Angélica, contra os efeitos dos termos dispositivos da Decisão Singular DSG-G.ODJ-3705/2018 (pç. 55, fls. 283-285 do Processo TC/00148/2012), cuja decisão tem o seguinte teor:

> pela **ilegalidade e irregularidade** do procedimento licitatório na modalidade Carta Convite n. 15/2011 (1ª fase), celebrado entre o Município de Angélica/MS e a empresa E.C. Taveira Consultoria Administrativa - ME, constando como ordenador de despesas o Sr. João Donizeti Cassuci, prefeito municipal à época, consoante dispõe o art. 59, III, da Lei Complementar Estadual (LCE) n. 160/2012, c/c o art. 120, I, "a", do RITC/MS;
>
> 2. pela **ilegalidade e irregularidade** da formalização e do teor do Contrato Administrativo n. 15/2011 (2ª fase), com fulcro no art. 59, III, da LCE n. 160/2012, c/c o art. 120, II, do RITC/MS;
>
> 3. pela **ilegalidade e irregularidade** do Termo Aditivo n. 1 (3ª fase), com fulcro no art. 59, III, da LCE n. 160/2012, c/c o art. 120, § 4º, do RITC/MS;
>
> 4. pela **ilegalidade e irregularidade** da execução financeira do Contrato Administrativo n. 15/2011 (3ª fase), conforme dispõe o art. 59, III, da LCE n. 160/2012, c/c o art. 120, III, do RITC/MS;
>
> 5. pela aplicação de **multa** ao responsável **Sr. João Donizeti Cassuci,** prefeito municipal à época, inscrito no CPF sob o n. 164.160.901/04, no valor correspondente a **100 (cem) UFERMS**, com fulcro no art. 21, X, art. 42, IX e art. 44, I, todos da LCE n. 160/2012, c/c o art. 172, I, "b", do RITC/MS, em razão do extrapolamento do limite de valor da modalidade licitatória convite, contrariando as prescrições do art. 23, II, "a", c/c o § 5º, da Lei n. 8.666/93;
>
> 6. pela **concessão** do prazo de 60 (sessenta) dias para o recolhimento da multa imposta no **item 5** junto ao FUNTC, comprovando nos autos, conforme o estabelecido no art. 83 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 172, § 1º, I e II, do RITC/MS, sob pena de cobrança executiva, nos moldes do art. 77, § 4º, da Constituição Estadual;
>
> 7. pela **intimação** do resultado deste julgamento aos interessados, conforme o art. 50 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 70, § 2º, do RITC/MS.

A irresignação do recorrente está demonstrada nas razões e documentos postos na peça 1 (fls. 2-26), por meio dos quais sustenta, em síntese, que a decisão recorrida foi proferida em desacordo com o melhor entendimento acerca do tema e deve ser reformada para reconhecer que o acréscimo de valor do contrato

decorrente de certame realizado por meio de convite não implicou em ofensa aos limites estabelecidos no art. 23, II, a, da Lei (federal) n. 8.666/93, haja vista que o valor a ser considerado é o de cada instrumento, e não o da somatória do Contrato com o Termo Aditivo, pois neste último apenas se acrescentou valor para continuidade da contratação que se apresentava vantajosa para o órgão contratante.

Aduz que tal situação já foi objeto de análise com entendimento pela regularidade em diversos outros casos, e que o valor aditivado encontra-se dentro do limite de 25% do valor originário da contratação. Com esses fundamentos, pugna pelo acolhimento do recurso para reformar a decisão no sentido de declarar a regularidade da formalização do Termo Aditivo e da execução contratual, e assim excluir a multa equivalente a 100 UFERMS que lhe foi cominada.

O juízo de admissibilidade foi exercido pelo Presidente do Tribunal de Contas nos termos regimentais (pç. 3, fl. 28), com atribuição de efeito suspensivo nos termos do art. 68 da Lei Complementar n. 160/2012.

Nos termos do art. 163 do Regimento Interno os autos foram encaminhados à equipe técnica da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parceria – DFLCP que, mediante análise das alegações e documentos se manifestou pelo desprovimento do recurso e pela manutenção da decisão e da multa cominada ao recorrente, argumentando ser irregular a formalização de Termo Aditivo que leva a contratação a superar o limite de valor estabelecido pela modalidade utilizada, mormente em se tratando de Convite, cujo procedimento é simplificado justamente por se destinar a contratações de pequeno valor. A formalização de aditivos acrescentando valor à contratação representa burla à Lei e justifica a prolação da decisão recorrida e a cominação de multa ao gestor, não havendo espaço para a pretendida reforma. (ANA-DFLCP-2052/2021, pç. 6. fls. 31-33).

Em prosseguimento, com fundamento no art. 162, § 2º, I do Regimento Interno, os autos foram encaminhamento ao Ministério Publico de Contas, que emitiu o parecer PAR-2ª PRC-3359/2021 (pç. 7, fls. 34-37), nos seguintes termos:

> Mediante o exposto, manifesta-se este representante do Ministério Público de Contas sugerindo que a egrégia Corte, adote o seguinte julgamento:
>
> **I - CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO** interposto sob a responsabilidade de João Donizeti Cassuci, inscrito no CPF sob o n. 164.160.901- 04, prefeito à época do município de Angélica/MS, haja vista que foram atendidos os requisitos de admissibilidade;
>
> **II - NEGAR PROVIMENTO** à Súplica em questão, mantendo-se inalterados os comandos constantes na r. Decisão Singular DSG - G.WNB - 3705/2018 (fls. 283/285 do TC 00148/2012), em face da insubsistência das alegações ofertadas; e
>
> **III - COMUNICAR** o resultado do julgamento ao Recorrente.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

Inicialmente, conheço do presente Recurso Ordinário na forma que admitido pela Presidência (pç. 3, fl. 28), por estarem presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade: tempestividade, regularidade formal, legitimidade e interesse recursal (arts. 67, I, "a" e 69, parágrafo único, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e art. 160, I e III, da Resolução TCE-MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018).

Acerca da matéria em exame, tenho que o feito está adequadamente instruído, motivo pelo qual declaro encerrada a instrução processual para o julgamento deste recurso ordinário, nos termos dos arts. 4º, III, "b", e 164 do Regimento Interno (Resolução TCE/MS n. 98, de 19 de dezembro de 2018).

Analisando as razões recursais deduzidas pelo recorrente e as manifestações da equipe técnica da Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parceria – DFLCP e do Ministério Público de Contas, tenho que a pretensão reformista contém argumentos suficientes à reforma integral da decisão recorrida, conforme relatado a seguir.

Inicialmente devo dizer que antes de apresentar as razões que servirão de fundamento de minha proposição de voto, reputo necessário esclarecer que a apresentação de divergências de entendimentos jurídicos é fruto da complexidade da matéria e de extrema utilidade, para buscar a solução mais adequada para o controle dos atos administrativos.

De início, devo dizer que a decisão recorrida analisou documentação referente ao Procedimento Licitatório levado a efeito por meio do Convite n. 15/2011, à formalização do Contrato Administrativo n. 15/2011, celebrado entre o Município de Angélica e a empresa E.C. Taveira Consultoria Administrativa - ME, de seu Termo Aditivo n. 1 e respectiva execução orçamentária. Taveira Consultoria Administrativa - ME, e concluiu pela irregularidade de todas as fases procedimentais em *razão de única impropriedade: a extrapolação do limite de valor estabelecido no art. 23, II, a, da Lei (federal) n. 8.666/93 para a modalidade licitatória em questão (convite) após acréscimos de valor do termo aditivo*.

Isso porque entendeu o nobre julgador que tal irregularidade contaminou todas as fases do julgamento (procedimento licitatório, formalização do contrato, execução das despesas orçamentárias e formalização do termo aditivo).

Digo isso porque na fundamentação[1] da decisão combatida, o nobre julgador indicou, pontualmente, em cada fase de julgamento, a ausência de impropriedades, salvo a relatada acima que, ao seu juízo, contaminou todas elas.

Importante aqui a transcrição desse elemento decisório, com os trechos de importância sublinhados:

> "Registre-se que **fora juntada** aos autos **toda a documentação** obrigatória acerca do **procedimento licitatório**: 1ª fase, com fulcro no Anexo I, Capítulo III, Seção I, Item 1.1.1., "B", da Instrução Normativa TC/MS n. 35/2011, vigente à época, c/c o art. 120, I, "a", do Regimento Interno desta Corte de Contas (RITC/MS), aprovado pela Resolução Normativa TC/MS n. 76/2013, e a documentação relativa à **formalização contratual** (2ª fase), conforme preconizam o art. 60 e seguintes da Lei das Licitações e dos Contratos.
>
> **O instrumento contratual** foi pactuado **em observância às exigências** do art. 55 e do art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93.
>
> **Contudo**, após a celebração do **Termo Aditivo n. 1**, **o valor contratado extrapolou o limite estabelecido para a modalidade licitatória convite**, infringindo o art. 23, II, "a", c/c o § 5º da Lei Federal n. 8.666/93.
>
> Assim, o Contrato Administrativo n. 15/2011, cujo valor, após a celebração do Termo Aditivo n. 1 ultrapassa o limite estabelecido para a licitação na modalidade convite, contraria as prescrições do art. 23, II, "a", c/c o § 5º, da Lei n. 8.666/93.
>
> Portanto, **a execução financeira do contrato** em análise **não atendeu** aos ditames da Lei n. 4.320/64, e restou assim demonstrada:
>
> - Valor Inicial da Contratação: R$ 79.320,00;
>
> - Valor Aditado: R$ 19.830,00; - Valor Total Empenhado**: R$ 99.150,00;**
>
> - Notas Fiscais**: R$ 99.150,00**;
>
> - Comprovantes de Pagamento: **R$ 99.150,00**.
>
> Os **documentos obrigatórios** foram **encaminhados tempestivamente** para esta colenda Corte de Contas, atendendo o prazo de que dispõe a Instrução Normativa TC/MS n. 35/2011, vigente à época."

Respeitosamente, divirjo do nobre julgador, neste aspecto, porque entendo que a 1ª fase (procedimento licitatório); a 2ª fase (formalização contratual); e a 3ª fase (execução contratual original) não se contaminam pela suposta irregularidade constatada na alteração contratual, que ocorreu em momento posterior, ao final da execução do contrato.

Verifico que na fundamentação da decisão recorrida está expresso que:

[1] Fundamentação entendida como elemento da sentença - art. 489, § 1º do NCPC

> ►"**fora juntada** aos autos **toda a documentação** obrigatória acerca do **procedimento licitatório**: 1ª fase (...)e a documentação relativa à **formalização contratual** (2ª fase),;
>
> ►"Os **documentos obrigatórios** foram **encaminhados tempestivamente;"**
>
> ►"**O instrumento contratual** foi pactuado **em observância às exigências** do art. 55 e do art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93";
>
> ►"- Valor Inicial da Contratação: R$ 79.320,00;
>
> - Valor Aditado: R$ 19.830,00;
>
> **- Valor Total Empenhado: R$ 99.150,00;**
>
> **- Notas Fiscais: R$ 99.150,00;**
>
> **- Comprovantes de Pagamento: R$ 99.150,00".**

Dessa forma, o exame pontual das fases, sem a referenciada contaminação, demonstra que é incontroversa a regularidade da formalização do contrato e da execução orçamentária das despesas contratuais.

Quanto ao procedimento licitatório, não há na fundamentação qualquer motivo para desaboná-la, e penso, igualmente, que não tem. A modalidade licitatória foi definida pelo valor referencial estimado pela pesquisa realizada na fase preparatória, inserida na peça 5 do TC/00148/2012/001, que autorizou a modalidade "Convite", prevista no inciso III do art. 22 da Lei (federal) n. 8.666/93, destinada às contratações de menor complexidade, obedecido o limite máximo de R$ 80.000,00, conforme exigência da alínea "a" do inciso II do art. 23 da, supracitada, Lei.

Verifico que o edital, fixou as características e quantitativos do objeto desejado durante a vigência do contrato para satisfação de sua demanda.

Remanesce, então, o exame da formalização do Termo Aditivo n. 1, e a controvérsia é saber se é ato administrativo regular promover alteração contratual de forma que o valor global contratado (adicionado) extrapole o limite econômico estabelecido para a modalidade licitatória convite (suposta infringência ao art. 23, II, "a", c/c o § 5º da Lei Federal n. 8.666/93).

Começo registrando que, nesse aspecto, a posição doutrinária e jurisprudencial não está consolidada.

A fase de planejamento da licitação exige a definição qualitativa e quantitativa precisa e suficiente do objeto exatamente para que não necessite da alteração contratual em razão de situação superveniente não prevista.

Porém, em hipóteses excepcionais, devidamente justificadas em face de um fato superveniente à sua celebração, tem a Administração a possibilidade de alterar

o instrumento contratual, respeitados os limites definidos no ordenamento e sem desnaturar o objeto contratado.

Assim dispõe o art. 65 da Lei n. 8.666/1993:

> "Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
>
> I - unilateralmente pela Administração:
>
> a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
>
> b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
>
> II - por acordo das partes:
>
> (...)
>
> § 1º. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício, ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
>
> § 2º. Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:
>
> I - ... (vetado);
>
> II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.
>
> (…)
>
> § 6º. Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial." (grifou-se)

A alteração é exceção deve ser justificada. O TCU já se pronunciou diversas vezes nesse sentido:

> 9.7 dar ciência à Prefeitura Municipal de Macapá/AP:
>
> 9.7.1 nos casos em que for necessário promover alterações nos projetos ou especificações referentes aos contratos celebrados pelo município, **da obrigatoriedade de fazer constar, no processo administrativo relativo à contratação, de forma detalhada, a superveniência de motivo justificador da alteração contratual, de modo a demonstrar que os fatos posteriores alteraram a situação de fato ou de direito e exigem um tratamento distinto**

daquele inicialmente adotado, conforme prevê o art. 65, caput e inciso I, alínea "a", da Lei nº 8.666/1993;

9.7.2 nos casos em que for necessário promover alteração de valores nos contratos firmados com a municipalidade, da obrigatoriedade de obediência aos limites estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993."

(TCU. Acórdão nº 6841/2011 Primeira Câmara. rel. Min. José Mucio Monteiro.23/08/2011)

Sobre isso cito as lições do Mestre Marçal Justen Filho:

"2.2) Modificações contratuais e modalidade da licitação

Também desperta interesse o problema de modificações realizadas (unilateral ou bilateralmente) no curso do contrato. Pode ocorrer que aumento de valor conduza à superação do limite da modalidade da licitação praticada. A questão tem de ser enfrentada segundo os princípios da República e da isonomia e a teoria do desvio de finalidade.

Se a satisfação das necessidades coletivas e supraindividuais exigir a modificação contratual, não seria cabível sobre o argumento de que o valor superveniente (obtido em virtude da modificação) seria incompatível com a modalidade de licitação adotada. **A escolha da modalidade de licitação, efetuada em face de certo panorama fático e jurídico, não pode ser um fator conducente ao impedimento de o Estado cumprir as funções que lhe foram atribuídas. Ademais são questões diversas, até mesmo do ponto de vista cronológico. Um evento é a determinação da modalidade de licitação; outro, desvinculado daquele, é a alteração contratual**. Por outro lado poderá haver caso em que a modificação seja imposta pelo princípio da isonomia, tal como se passa nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não se admitirá a modificação, porém, quando previsível de antemão. Se a Administração sabia que a modificação poderia vir ocorrer e adotou a modalidade mais restrita e depois pretender prevalecer-se da faculdade de elevar quantitativos e valores, caracteriza-se desvio de finalidade. Haverá defeito na atuação administrativa e deverá reprovar-se a pretensão de elevação dos quantitativos. A situação, então, será semelhante à do fracionamento do objeto, aplicando-se solução similar para ambos os casos."[2]

Nessa esteira, transcrevo também a doutrina de Diógenes Gasparini:

[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993 / Marçal Justen Filho. – 18. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo; Thomson Reuters do Brasil, 2019. P.253

> "O valor estimado do contrato é elemento determinante de licitação e nada tem a ver com os acréscimos que são incidentes e que podem ou não acontecer ao longo da execução do contrato. Com efeito, a fixação da modalidade diz respeito à licitação, enquanto os acréscimos e supressões dizem respeito ao contrato. O argumento para impedir os acréscimos, que levariam a outra modalidade mais solene de licitação, está consubstanciado no fato de que a Administração Pública, fraudulentamente, poderia promover uma licitação na modalidade convite e contratar, mediante as sucessivas prorrogações, valor que exigiria, desde logo, uma concorrência, não podendo ser generalizado para impedir o que a lei permitiu à Administração Pública, sem fazer qualquer outra exigência, como se todos os agentes públicos fossem desonestos, venais. Se a fraude restar comprovada, pune-se o culpado. A solução emprestada por alguns autores e pelas Cortes de Contas para que se faça nestes casos uma concorrência é exigir essa modalidade licitatória fora das hipóteses em que é dispensável, é burocratizar o processo licitatório e, sobretudo onerar a Administração Pública, pois todos sabem da demora e do custo da realização dessa espécie de licitação, sem ter a absoluta certeza da ocorrência desses acréscimos".[3]

No mesmo sentido, transcrevo ensinamentos de Sânzia Ferreira Cavalcanti:

> "Não se pode engessar a Administração, obrigando-a em arcar com os custos e, daí, a sofrer a burocracia de outro procedimento licitatório, apenas porque o valor decorrente da alteração do contrato administrativo, somado ao inicialmente previsto, indica outra modalidade de licitação. O valor estimado para contratação é determinante da escolha da modalidade licitatória; porém, o mesmo não ocorre com o valor decorrente da alteração contratual. Assim, a modalidade licitatória é relevante tão somente para a contratação, e absolutamente irrelevante para possíveis alterações posteriores. Na hipótese de acréscimo no objeto do contrato e consequente majoração do valor inicialmente contratado, a nova quantia pode ultrapassar o limite estabelecido em qualquer dos incisos do artigo 23 do Estatuto."[4]

O Tribunal de Contas da União se manifestou no mesmo sentido conforme trecho transcrito abaixo:

> ". Com relação a modalidade de licitação, sabe-se que o principal critério para definir se o administrador utilizará o convite, a tomada de prelos ou a concorrência é o valor estimado do objeto licitado. **Contudo, não creio que para**

[3] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 566

[4] CAVALCANTI, Sânzia Ferreira. Revista Direito e Liberdade - ESMARN - Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte- v. 10, n. 1, p. 217 – 230 – jan/jun 2009, p. 220

essa escolha tenha que ser computado, necessariamente, o montante do eventual acréscimo contratual a que alude o § 1º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos. Pensar dessa forma implica criar novos limites para a definição da modalidade licitatória. Desconsiderando, assim, a cristalina disposição do art. 23 da Lei 8.666/1993, que fixou os valores para a correta seleção da modalidade do certame."[5]

"Contratação de serviços: 1 – Extrapolação, na prorrogação de contrato de natureza contínua, do valor-limite da modalidade licitatória adotada.

A administração pública está obrigada a bem planejar suas contratações de bens e de serviços, o que implica estimar corretamente suas necessidades em prazo razoável, evitando dessa forma o parcelamento das compras e dos serviços em várias licitações. **Efetuado o planejamento com o rigor e a seriedade devidos, a prorrogação dos contratos decorrentes deverá observar tão somente preços e condições mais vantajosos, nos termos do art. 57, II, da Lei n.o 8.666/93, não podendo ser obstada por meramente acarretar extrapolação da faixa de preços em que se enquadrou a modalidade licitatória de origem**. Foi esse o entendimento defendido pelo relator ao examinar contrato da Companhia Docas do Estado do Rio Grande do Norte (Codern) celebrado para acompanhamento das ações de seu interesse no Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília. Como as sucessivas prorrogações do contrato levaram o valor total a ultrapassar o limite máximo para a licitação na modalidade convite, a unidade técnica do TCU concluiu que as prorrogações posteriores à extrapolação desse limite foram indevidas. Ao defender sua posição, a unidade técnica fez alusão às disposições da Lei n.o 8.666/93 que obrigam a programação das obras e serviços pela sua totalidade (art. 8º) e vedam o parcelamento dessas mesmas obras e serviços em licitações de menor amplitude, em detrimento do procedimento mais amplo (art. 23, § 5º). Também em reforço à sua posição, citou o Acórdão n.o 55/2000-Plenário, que tratou de caso no qual o valor original do contrato passou de R$ 6.544,25 para R$ 80.000,00, mediante prorrogações sucessivas. Em seu voto, ponderou o relator que o contrato da Codern completou 60 meses em 31/5/2004, atingindo o prazo máximo previsto no art. 57, II, da Lei n.o 8.666/93, mas foi prorrogado por mais doze meses, prazo admitido excepcionalmente pelo § 4º do mesmo dispositivo, em decorrência do alto número de ações trabalhistas envolvendo a empresa. Naquele caso, portanto, diferentemente da situação em tela, "é visível que o respectivo responsável não estimou a contratação com o zelo e o rigor" adequados, sendo possível concluir que, uma vez "assegurado que a administração adotou todas as cautelas no planejamento das compras ou da contratação dos serviços, o contrato decorrente poderá sofrer as prorrogações permitidas em lei". O relator considerou então que as justificativas da Codern deveriam ser acolhidas, no que foi acompanhado pelos demais ministros presentes.[6]

[5] Precedente do TCU – Acórdão 103/2004, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa.
[6] Precedente citado: Acórdão n.o 103/2004-Plenário. Acórdão n.º 1339/2010-1ª Câmara, TC-015.849/2006-0, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010.

Do mesmo modo, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, sobre a independência da estimativa de preços para as exigências do procedimento licitatório e as alterações contratuais supervenientes, vejamos:

> "Apesar dos § § 2º e 3º do artigo 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração, na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio liqüído mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líqüido mínimo previsto no edital foi calculado com base na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, contrariamente ao que dispõe o artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93".
>
> **(REsp nº 474.781/DF, 2ª Turma. Relator. Min. Franciulli Netto. Julgado em 08/04/2003, DJ de 12/05/2003, p. 297).**

O entendimento deste tribunal ainda não está consolidado. Respeitando os que pensam de forma diferente, me parece mais adequado que na definição da modalidade licitatória deve o órgão licitante levar em conta, tão somente o valor estimado da contratação, cenário que está ao alcance de seu conhecimento na fase preparatória da licitação, por ser incerta a possibilidade da alteração de valor global do objeto de que tratam os artigos 65, § 1º e 2º, e 57,II, da Lei n. 8.666/1993.

Ao que se denota, a empresa contratada ofertou proposta com um desconto de R$ 4.680,00 sobre o valor estimado para a contratação, o que leva a crer que, respeitado o limite de R$ 80.000,00 para a realização do convite, a contratação poderia ter sido ao final efetivada por 75.320,00 acaso mantido o desconto concedido.

De outro norte, observo que ao adotar a modalidade convite, o município contratante limitou o universo de potenciais fornecedores em prejuízo à obtenção da melhor proposta à administração, já que ao se utilizar do convite participaram somente empresas que foram convidadas a contratar, o que não ocorreria no caso de utilização de procedimento condizente com o valor estimado da contratação, que certamente contaria com a participação de um maior numero de empresas interessadas em prestar o serviço.

Portanto, o recorrente incorreu em ilegalidade ao firmar o contrato com a empresa convidada, eis que somente poderia contratar com empresa vencedora de certame realizado por outra modalidade, no qual certamente obteria proposta mais vantajosa em decorrência da participação de um maior número de empresas.

Não bastasse ter contratado a prestação de serviços por meio de Convite quando o valor previsto ultrapassava o valor máximo admitido para esse tipo de procedimento licitatório, o município contratante ainda aditou o contrato acrescentando R$ 19.830,00 ao valor originalmente previsto, levando o valor da

contratação para R$ 99.150,00 sob a alegação de que a prorrogação do prazo por mais três meses se apresentaria vantajosa à administração.

A prorrogação em casos tais, embora existente controvérsia sobre a questão, se apresenta irregular e deve ser evitada, conforme o ensinamento doutrinário e os julgados que seguem abaixo:

> Outra questão que desperta dúvida envolve os contratos de duração continuada, que comportam prorrogação. A hipótese se relaciona com o disposto no art. 57, inc. II. Suponha-se previsão de contrato por doze meses, prorrogáveis até sessenta meses. Imagine-se que o valor estimado para doze meses conduz a uma modalidade de licitação, mas a prorrogação produzirá superação do limite previsto para a modalidade. Em tais situações, **parece que a melhor alternativa** é adotar a modalidade compatível com o valor correspondente ao prazo total possível de vigência do contrato. Ou seja, adota-se a modalidade adequada ao valor os sessenta meses. Isso não significa afirmar que o valor do contrato, pactuado por doze meses, deva ser fixadode acordo com o montante dos sessenta meses. São duas questões distintas. O valor do contrato é aquele correspondente aos doze meses. A modalidade de licitação deriva da possibilidade da prorrogação. (JUSTEN FILHO, 2000. p. 211, grifo nosso)
>
> Como se pode notar, parece que nem mesmo o renomado jurista tem certeza quanto à necessidade, ou não, de se observar o valor de eventuais prorrogações, para fins de escolha da modalidade licitatória adequada, uma vez que ele diz que lhe “parece ser a melhor alternativa”.
>
> O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais adota a mesma linha de raciocínio de Marçal. Isto ficou claro em resposta do TCE/MG a dúvidas frequentes, relacionadas à prorrogação de contratos administrativos, quando se posicionou da seguinte forma:
>
> *“2. A possibilidade de prorrogação da vigência do contrato administrativo deve ser considerada, em termos de períodos e valores, na escolha da modalidade licitatória?*
>
> *Sim, **para a definição da modalidade de licitação, com base nos limites estabelecidos nos incisos I e II do art. 23 da Lei nº 8.666/93, deve ser considerado pelo gestor público todo o período da contratação**. É o caso, por exemplo, de um contrato administrativo para prestação de serviços, estimado em R$50.000,00 (cinquenta mil reais), para um prazo de 12 (doze) meses. Na hipótese dos serviços serem de natureza contínua, cujos contratos admitem prorrogações sucessivas até o limite de 60 (sessenta meses), nos termos do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, deve-se levar em conta o valor estimado para todo o período em que a contratação possa vigorar, qual seja, R$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Assim, nesse caso, estaria vedada a licitação na modalidade convite. Sobre o assunto, segue entendimento proferido nas Representações de n os 735337, 735338 e 735490, da relatoria do Conselheiro Substituto Licurgo Mourão, apreciadas na Sessão do dia 24/07/2007 (Revista do TCEMG, Edição Especial, A Lei 8.666/93 e o TCEMG, p. 237/238):*

"Definição do valor da contratação para fins de escolha da modalidade e de verificação da obrigatoriedade da realização de audiência pública deve levar em conta a prorrogação automática prevista no art. 57, II da Lei de Licitações." (MINAS GERAIS, 2017, p.01, grifo nosso)

EMENTA - REPRESENTAÇÃO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO VICIADO CONVITE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DECONSULTORIA E ASSESSORIA NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PROPONENTE SEM CONDIÇÕES DEHABILITAÇÃO CONTRATO COM OBJETO GENÉRICO INOBSERVÂNCIA DAS CLÁUSULAS ESSENCIAIS TERMO ADITIVO VALOR ACRESCIDO QUE ULTRAPASSA O LIMITE PARA A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE LIQUIDAÇÃODAS NOTAS FISCAIS PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS IRREGULARIDADE ANULAÇÃO DA DECISÃO SINGULAR NOVOJULGAMENTO CONTRATAÇÃO IRREGULAR RECOMENDAÇÃO. O procedimento licitatório encontra-se viciado quando desprovido de três propostas válidas, conforme dispõe a Súmula TCU n.248: não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993. O art. 7º da Lei n. 8.666/93 determina que quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. Verificada a ilegalidade do procedimento licitatório por desobediência ao art. 7º da Lei n. 8.666/93 e da Súmula TCU n. 248, consequentemente, os demais atos dele decorrentes restam maculados. Os atos realizados em desconformidade com a legislação pertinente devem ser julgados irregulares, e, verificada a superveniência de novos documentos e a análise do procedimento licitatório em autos próprios, a decisão proferida pela regularidade deve ser anulada, a fim de emitir novo julgamento pela irregularidade dos atos, enviando-se recomendação ao responsável ou a quem o haja sucedido no cargo, da adoção de medidas necessárias para prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas.

ACÓRDÃO: Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 23 de outubro de2019, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, verificada a superveniência de novos documentos que justificam a revisão do julgamento proferido nos autos do TC/11727/2010, que decidiu pela legalidade e regularidade do procedimento licitatório Convite n. 15/2010, da formalização e teor do Contrato Administrativo n. 37/2010, do primeiro Termo Aditivo e dos respectivos atos de execução financeira (Decisão Singular DSG-G.JAS-2934/2012): pela irregularidade dos atos praticados pelo Sr. Manoel José Martins, inscrito no CPF n. 080.438.841-53, prefeito de Deodápolis-MS e ordenador de despesas à época da contratação da empresa Deltha Consultoria e Representações Comerciais Ltda., por meio do Contrato Administrativo n. 37/2010; e pela anulação da Decisão Singular DSG-G.JAS2934/2012, proferida nos autos do TC/11727/2010 (TCE-MS - RP: 1161862012 MS 1370472, Relator:

OSMAR DOMINGUES JERONYMO, Data de Publicação: Diário Oficial do TCE-MS n. 2311, de 16/12/2019)

Ao que se denota, é vedada a prorrogação contratual no caso do somatório do valor da contratação ultrapassar o valor máximo previsto para a modalidade licitatória nos casos de convite, conforme estabelecido pelo § 5º do art. 23 da Lei n. 8.666/93.

Na situação dos autos, a formalização do Termo Aditivo n. 1 levou a Contratação a superar o limite fixado para a modalidade convite em R$ 19.150,00, o que representa evidente ilegalidade por afronta às normas do art. 23, II, a c/c seu parágrafo 5º.

Correta a decisão recorrida quando declarou a irregularidade da formalização do Termo Aditivo n. 1 em razão desses fatos, nada há a reparar.

Quanto à execução da contratação, entendo assistir razão ao recorrente ao buscar a revisão da decisão que declarou sua irregularidade.

Muito embora tenha o valor empenhado, liquidado e pago em razão da contratação ilegal tenha atingido valor superior ao do limite legalmente fixado para a utilização da modalidade Convite, tenho que à administração contratante cabe apenas pagar pelos serviços prestados, pelo valor previsto e prometido à empresa contratada, sob pena de se configurar o enriquecimento sem causa.

O contratado não tem culpa pelas ilegalidades perpetradas pelo órgão contratante, seja na utilização de procedimento licitatório incorreto, seja na formalização do contrato por valor superior ao admitido pela Lei, e deve receber o valor contratualmente convencionado como contraprestação pelos serviços prestados.

Uma vez que as Notas Fiscais acostadas aos autos do processo originário (TC/000148/2012) demonstram a prestação dos serviços, e o somatório de seus valores correspondem ao valor total empenhado e pago, revela-se procedimentalmente correta a execução orçamentária da contratação, ao contrário do que entendeu a decisão recorrida.

A existência de harmonia entre o valor empenhado e aqueles que depois liquidados e pagos, assiste razão ao recorrente quando pugna pela reforma da decisão para que se declare a regularidade da execução orçamentária, mesmo que o valor supere o limite estabelecido para a modalidade utilizada, já que o vício de origem não autoriza o gestor público a suprimir o pagamento pelos serviços efetivamente prestados.

Reformada a decisão quanto à execução orçamentária, entendo haver necessidade de reduzir o valor da penalidade de multa aplicada contra o recorrente.

Nesse sentido, e verificando que a decisão recorrida estabeleceu a penalidade em valor equivalente ao de 100 UFERMS em razão da constatação de quatro irregularidades (fl. 285 do TC/000148/2012), vejo como adequada a redução para o

valor equivalente ao de 25 UFERMS, quando três das irregularidades foram excluídas, pois assim se respeita a proporcionalidade e a equivalência estabelecida pela decisão recorrida.

DISPOSITIVO

Ante ao exposto e com fundamento nas razões acima expostas, **voto no sentido de conhecer e, no mérito, dar parcial provimento ao Recurso Ordinário** interposto pelo Sr. João Donizeti Cassuci, Prefeito Municipal de Angélica na época dos fatos, para reformar os itens 1, 2, 4 e 5, da Decisão Singular DSG-G.ODJ-3705/2018, reconhecendo e declarando as regularidades do procedimento licitatório na modalidade Convite, da formalização e do teor do Contrato Administrativo n. 15/2011 e da execução orçamentária do contrato em comento e por fim reduzindo o valor da penalidade de multa aplicada ao recorrente no item 5 para o equivalente a 25 (vinte e cinco) UFERMS.

No mais, rejeito as alegações do recorrente e mantenho inalterada a decisão recorrida quanto ao item 3.

DECISÃO

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

Presente, o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 1° de setembro de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

GLX / VAB/dssm