DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 3754/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/10382/2016
PROTOCOLO	: 1696724
ENTIDADE	: MUNICIPIO DE SIDROLÂNDIA
RESPONSÁVEL	: ARI BASSO (PREFEITO MUNICIPAL NA ÉPOCA)
INTERESSADO (A)	: MAIKON MARCON DALLA SANTA - ME
TIPO DE PROCESSO	: PREGÃO 14.2013 (REGISTRO DE PREÇO)
VALOR INICIAL DA CONTRATAÇÃO	: R$ 101.880,00
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata da prestação de contas referente ao Contrato Administrativo n. 108, de 2013, por meio da Ata de Registro de Preços (ARP n. 14.2013) celebrado entre o Município de Sidrolândia e a empresa Maikon Marcon Dalla Santa - ME, tendo por objeto a locação de veículo para atendimento da Prefeitura Municipal e suas Secretarias.

Neste momento, examina-se a **regularidade do Contrato Administrativo n. 108, de 2013, dos Termos Aditivos n. 1 e n. 2 e da respectiva execução.**

Quanto ao **procedimento licitatório** e a **formalização da ARP n. 14, de 2013**, realizado por Pregão Presencial n. 14, de 2013, estes já foram julgados **regulares** conforme **Decisão Singular DSG- G. ODJ 1656, de 2016**, nos autos do processo n. TC 12698, de 2013.

Em busca da correta instrução processual, os Srs. Ari Basso e Marcelo Araújo Ascoli, Prefeitos Municipais na época dos fatos, foram intimados (INT 7131/2017, fls. 185-188 – peça n. 8 e INT 7132/2017, fls. 189-192 – peça n. 9) para que apresentassem documentos necessários ao exame da matéria.

Ambos se reportaram aos autos, em resposta às intimações, apresentando documentos/justificativas, fls. 198-214 (peça n. 15) e fls. 217-224 (peça n. 18), a fim de sanar as irregularidades apontadas.

Em decorrência dos fatos, a Inspetoria de Controle Externo (1ª ICE) concluiu sua análise (ANA 17483/2017, fls. 225-233 - peça 19) pela **irregularidade** das formalizações do Contrato n. 108, de 2013, do Termo Aditivo n. 1, bem como da execução do objeto pactuado. E pela **regularidade com ressalva** do Termo Aditivo n. 2.

O Ministério Público de Constas (MPC), por sua vez, emitiu o parecer conclusivo, discordando parcialmente do entendimento do corpo técnico, opinando no sentido de que seja adotado o seguinte julgamento (PAR 5530/2018, fls. 234-237 - peça 20), destaquei:

> (...)
>
> "**I** – pela **irregularidade e ilegalidade** da formalização do Contrato nº 108/2013, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160

de 2012, c/c com os incisos II, do artigo 120, da Resolução Normativa nº 76 de 11 de dezembro de 2013;

II – pela **irregularidade e ilegalidade** da formalização dos Termos Aditivos de ns. 1 e 2, com fulcro no artigo 59, inciso III da Lei Complementar nº 160/2012, c/c art. 120, inciso III, alínea "a", da Resolução Normativa TC/MS nº 76 de 11 de dezembro de 2013.

III – pela **irregularidade e ilegalidade** da execução financeira do contrato, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Complementar nº 160 de 2012, c/c com o inciso III, do artigo 120, da Resolução Normativa nº 76 de 11 de dezembro de 2013;

IV – pela **aplicação de multa** aos responsáveis, por infração ao art. 195, § 3º da Constituição Federal de 1.988, ao art. 29, incisos III, IV e V e art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/93 e ao art. 2º da Lei nº 9.012/1995, ao art. 61, parágrafo único, da Lei 8.666/93, com lastro nos arts. 42, incisos I, II, IV, V e IX c/c 44, inciso I c/c 45, inciso I c/c 46, todos da Lei Complementar nº 160/2012."

(...)

É o relatório.

DECISÃO

Extrai-se do feito que o Corpo Técnico (1ª ICE) manifestou-se pelas **irregularidades** das formalizações do Contrato n. 108, de 2013, do Termo Aditivo n. 1, bem como da execução do objeto pactuado e pela **regularidade com ressalva** do Termo Aditivo n. 2.Enquanto o representante do Ministério Público de Contas (MPC) manifestou-se pela **irregularidade**, também, do Termo Aditivo n. 2, concordando com o entendimento da 1ª ICE no que diz respeito ao Contrato Administrativo, Termo Aditivo n. 1, bem como a execução, ao qual passo a votar, conforme razões expostas.

I. DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 108/2013

O Contrato Administrativo n. 108, de 2013 contém em suas cláusulas os elementos essenciais: objeto, prazo de vigência, os preços e condições de pagamento, dotação orçamentária, as obrigações das partes, a rescisão contratual e as sanções administrativas. Porém não trouxe aos autos a cópia da publicação do extrato do instrumento contratual, condição indispensável para sua eficácia, contrariando o disposto no art. 61, parágrafo único, da Lei nº. 8.666/93[1].

O princípio da publicidade (art. 37, da Constituição Federal) norteia a Administração Pública e confere transparência aos atos praticados pelos gestores, permitindo à população o seu conhecimento, o que não foi levado a efeito pelo responsável na contratação.

[1]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.

Outro não é o entendimento desta Corte de Contas, consoante se verifica o acordão (AC02 -995/2018), de relatoria do Cons. Iran Coelho das Neves, destaquei:

> EMENTA: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONVITE –LOCAÇÃO E MANUTENÇÃO DE SISTEMA INTEGRADO DE INFORMÁTICA – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS – **CONTRATO ADMINISTRATIVO – FORMALIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO EXTRATO – IRREGULARIDADE– MULTA**.
> É irregular procedimento licitatório em razão da ausência de previsão orçamentária, para assegurarem os pagamentos das obrigações contratuais infringindo Lei Federal, ensejando multa ao responsável. **É irregular a formalização de contrato administrativo em razão da ausência de publicação do extrato em imprensa oficial, constituindo infração e acarretando multa ao responsável.**

Logo, não ficou demonstrada nos autos a publicação do extrato do Contrato n. 108, de 2013, conforme determina a regra acima exposta, o que fundamenta o posicionamento pela irregularidade do contrato.

II. DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

Em discordância do *parquet* de contas, o qual adota a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, ou seja, o vício do contrato se transmite a todos os seus frutos (formalização do termo aditivo e execução do objeto), entendo que a falha ocorrida no contrato não é suficiente para contaminar os atos ulteriores.

A Resolução TCE/MS n. 98, 5 de dezembro de 2018, Regimento Interno deste Tribunal de Contas é clara ao estabelecer – na disposição do artigo 121, § 1.º – que *"os julgamentos das matérias no âmbito das fases de que trata este artigo, são juridicamente distintos; (...)".*

Considero que ao fazê-la, a norma regulamentadora interna pretendeu justamente evitar que eventuais pendências documentais, defeitos na instrução processual ou, principalmente, irregularidades – que não constituam nulidades –, pudessem prejudicar ou influenciar o julgamento da fase subsequente.

É evidente que nos casos em que a irregularidade detectada represente vício de legalidade ou condição de validade de atos subsequentes, o que não se verifica no presente caso – a exemplo da apresentação de documentos falsos –, seu reconhecimento na fase antecedente implicará no julgamento contrário à aprovação dos atos que dela dependam.

Aliás, creio ser essa a razão pela qual a Lei n. 8.666, de 1993 estabeleceu em seu artigo 49, § 2.º que a *"nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato".*

Perceba que a norma se refere a casos de nulidade, e não a meras irregularidades de ordem formal. Dessa forma, não sendo o caso, tenho que a irregularidade do contrato não contamina a regularidade dos termos aditivos, tanto

que, em razão da supremacia do interesse público, este tribunal, excepcionalmente, pode deliberar pela continuidade de um certame licitatório, ainda que contenha algum vício que não seja passível de nulidade. Isso tudo, claro, sem prejuízo da sanção aos responsáveis que tenham dado causa às falhas identificadas.

Julgamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União, embora não tenham o condão de vincular as decisões aqui proferidas, oferecem ótimos parâmetros para esclarecer questões como essa, conforme segue:

> "REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. NÃO-OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO EDITAL. MULTA. CONTINUIDADE CONDICIONAL DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. (...)(...)2.Tendo em vista o interesse público, em caráter excepcional, pode o Tribunal autorizar a continuidade de certame em que tenha sido verificar afronta à Lei de Licitações, sem prejuízo da aplicação de sanção aos que deram causa às irregularidades (...)(...)3.3. Tal irregularidade conduziria em princípio, à necessidade de anulação da licitação. Contudo, tendo em vista a supremacia do interesse público penso que, excepcionalmente, este Tribunal possa deliberar pela continuidade do certame, dada a importância socioeconômica da obra em foco para o Estado do Piauí.(...)
> (Acórdão n.º 1.060/2009- Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes)

Da mesma forma, não me parece aceitável a invocação da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados para justificar o entendimento de que irregularidades na contratação impediriam a aprovação das fases subsequentes. Isso porque tal postulado nada tem a ver com o resultado do julgamento e, sim, exclusivamente com a produção de provas, já que, segundo a teoria – de origem norte-americana e recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro – não são admitidas provas colhidas por meios ilícitos, tampouco as que delas se produzam por derivação.

Assim, especificamente em relação à contratação examinada nestes autos, ainda que tenham sido identificadas irregularidades na contratação que lhes deu origem, não considero razoável a invalidação de todos os atos a ele posteriores, especialmente em relação às formalizações dos Termos Aditivos n. 1 e n. 2 e à execução do objeto.

Logo, entendo que a irregularidade do Contrato não contamina necessariamente a regularidade dos termos aditivos e respectiva execução. Verifico a necessidade de se analisar, no caso concreto, qual a natureza da irregularidade do contrato e de que maneira ela afeta ou não a regularidade dos atos consecutivos.

No caso em tela, a falta de publicação do extrato do Contrato prejudicou a transparência dos atos da Administração Pública, mas essa falha não ocorreu nos Termos Aditivos, pois estes foram devidamente publicados na imprensa oficial (fls. 31 e 51, peça n. 4).

Deve-se considerar ainda que as publicações dos extratos dos Termos Aditivos, além de trazerem informações acerca dos aditamentos realizados, tornou públi-

ca a existência do Contrato (afinal, para haver o aditamento era necessário que houvesse o Contrato), permitindo que os cidadãos e os órgãos de controle questionassem a Administração acerca da ausência de publicação do extrato do Contrato.

Portanto, entendo que o não cumprimento de tal obrigação não vicia o Contrato, nem desfaz o vínculo, mas acarreta a responsabilidade de quem lhe deu causa.

III. DAS FORMALIZAÇÕES DOS TERMOS ADITIVOS n. 1 E n. 2

Examinando a prestação de contas ora em julgamento, verifico que os documentos relativos aos Termos Aditivos estão em consonância com os dispositivos legais pertinentes, exceto pela publicação intempestiva do Termo Aditivo n. 1 na imprensa oficial e intempestividades das remessas do Termo Aditivo n. 1 n. e 2 junto a esta Corte de Cotas, contrariando as regras do parágrafo único, art. 61, da Lei 8666, de 1993 e Capítulo. III, Seção I, 1.2.2., *A,* da Instrução Normativa n. 35, de 14 de dezembro de 2011[2] (vigente na época).

Neste contexto, elucida-se o exposto, por meio do quadro elucidativo abaixo:

T.A	Assinatura	Pç/Fs	Publicação	Pç/Fs	Remessa	Pç/Fs
1	22.5.2014	4/29 e 30	16.7.2014 (**intempestiva**)	4/31	11.5.2016 (**intempestiva**)	1/2
2	22.5.2015	4/49 e 50	5.6.2015	4/51	11.5.2016 (**intempestiva**)	1/2

No caso em tela, considerando que o atraso da publicação foi inferior a dois meses e que, essa falha não causou dano ao erário, parece-me razoável deixar de aplicar multa pela publicação intempestiva, mantendo apenas a multa pela remessa intempestiva da cópia do primeiro e segundo Termos Aditivos e recomendando ao gestor que, nas próximas contratações, dedique maior rigor ao cumprimento do prazo para a publicação do extratos junto à imprensa oficial, sob pena de desaprovação da prestação de contas pelo Tribunal e consequente aplicação de sanção.

Neste mesmo sentido, acrescente-se ainda o entendimento desta Casa de Contas, proferido no julgamento do acórdão AC 01 -1960, de 2016, de relatoria do Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral, destaquei:

> EMENTA:PROCEDIMENTO LICITATÓRIO –PREGÃO PRESENCIAL – REGULARIDADE – CONTRATO ADMINISTRATIVO –AQUISIÇÃO DE COMBUSTIVEL, FILTROS E LUBRIFICANTES –FORMALIZAÇÃO – PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA –**REGULARIDADE COM RESSALVA – RECOMENDAÇÃO**. É regular o procedimento licitatório realizado na moda-

[2] Capítulo III
Seção I
1.2.2 Termo Aditivo ao Contrato
A) Prazo: até 15 (quinze) dias úteis após a data da publicação do termo aditivo.

lidade Pregão Presencial e a formalização de contrato administrativo que se desenvolvem de acordo com as prescrições legais e regulamentares, **com ressalva e recomendação pela publicação intempestiva de documentos referentes ao contrato.**

IV. DA EXECUÇÃO DO OBJETO CONTRATUAL

As comprovações das certidões negativas devem ocorrer durante toda a execução contratual, em decorrência da regra prevista no art. 55, XIII, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993[3]:

No caso em tela, o Edital (item 15.2 – fls. 106, peça n. 10 – TC MS n. 12698/2013) e o Contrato Administrativo n. 108, de 2013 (cláusula sétima, item II – peça n. 5, fls. 54) previram a obrigatoriedade do contratado manter, durante toda a vigência contratual, as condições de habilitação exigidas na licitação. Evidente que não basta apenas incluir tais exigências no edital ou contrato. A Administração deve também fiscalizar – como é sua prerrogativa (art. 58, III, da Lei n. 8.666/1993) – o fiel cumprimento dessa obrigação por parte da contratada, mediante a apresentação de certidões, as quais devem estar documentadas e atualizadas durante a execução do objeto, nos autos do processo administrativo. Esse é também o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se verifica nas determinações abaixo:

> (...)
>
> 8.1. determinar à CBTU, com base no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443/92; nos arts. 194, inciso II, 209 e 210 do Regimento Interno/TCU; e no art. 31, inciso II, da Instrução Normativa TCU nº 09/95, que **acrescente às exigências fixadas para o contratado, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado, a apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS emitido pela Caixa Econômica Federal (art. 27 da Lei nº 8.036/90) e da Certidão Negativa de Débito emitida pelo INSS (art. 47 da Lei nº 8.212/91)**, ou de documento definido como equivalente na regulamentação própria dos citados órgãos, conforme o disposto no art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 e no item 8.1, letra "c", da Decisão nº 705/94 - Plenário (Ata nº 54/94), confirmada pela Decisão nº 431/97 - Plenário (Ata nº 28/97)(...) (grifos meus) – Decisão 559/2001 – Plenário.
>
> 9.1. conhecer da presente Solicitação, em caráter excepcional, com amparo no art. 63 da Resolução TCU nº 191, de 21 de junho de 2006, para, no mérito, determinar:
> 9.2. a todas as unidades centrais e setoriais do Sistema de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União que **orientem os órgãos e entidades a eles vinculados no sentido de que exijam das empresas contratadas, por ocasião de cada ato de pagamento, a apresentação da devida certidão negativa de débitos trabalhistas**, de modo a dar

[3] Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
(...)
XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

> efetivo cumprimento às disposições constantes dos artigos 27, IV, 29, V, e 55, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, c/c os artigos 1º e 4º da Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, atentando, em especial, para o salutar efeito do cumprimento desta nova regra sobre o novo Enunciado 331 da Súmula de Jurisprudência do TST, sem prejuízo de que a Segecex oriente as unidades técnicas do TCU nesse mesmo sentido (...) (grifos meus) – Acórdão n. 1054/2012 - Plenário."

Acrescente-se ainda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, proferido no julgamento do RMS 24.953/CE, 2ª T., de relatoria do Ministro Castro Meira:

> "É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei 8.666/1993, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF/1988.
> **A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei 8.666/1993, que dispõe ser "obrigação do contratado manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação".**
> Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.
> Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal." (grifos meus)

Dessa forma, constata-se que houve irregularidade na execução contratual, uma vez que não se comprovou nos autos que a contratada manteve, durante todo o período de execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Quanto à demonstração da execução financeira, observo que a Administração Municipal contratou o total de R$ 220.740,00 (contrato + termos aditivos), em seguida emitiu empenhos no total de R$ 242.814,00, contudo, anulando o valor de R$ 22.074,00, tendo assim liquidado e pago o montante de R$ 220.740,00, conforme segue:

Valor inicial do contrato	R$ 101.880,00
Valor aditivado	R$ 118.860,00
Total contratual	R$ 220.740,00
Valor empenhado	R$ 242.814,00
Valor anulado	(R$ 22.074,00)
Total empenhado	R$ 220.740,00
Despesa liquidada (NF)	R$ 220.740,00
Pagamento Efetuado (OB/OP)	R$ 220.740,00

Portanto, são idênticos os valores relativos às três etapas da execução da despesa: empenho, liquidação e pagamento, circunstâncias que revelam a correta liquidação do objeto.

Contudo, constato que a nota fiscal n. 31 (fl. 174, peça n. 6) no valor de R$ 8.490,00 foi emitida fora (23.7.2015) do prazo da vigência contratual (22.7.2015), o que impõe a declaração de irregularidade da referida execução.

Tudo considerado, **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**:

a) do **Contrato Administrativo n. 108, de 2013**, realizado pelo Município de Sidrolândia e a empresa Maikon Marcon Dalla Santa ME, em virtude da ausência da publicação do extrato em imprensa oficial, não atendendo o que determina o parágrafo único do art. 61 da Lei (Federal) 8.666, de 1993;

b) da **execução do Contrato Administrativo n. 108, de 2013**, em virtude das falhas decorrentes:

1. da ausência de comprovação de certidões negativas com a validade de duração até o encerramento contratual em desacordo com as regras do art. 55, XIII, da Lei 8.666, de 1993;

2. da emissão de nota fiscal após o término contratual, contrariando a cláusula de vigência do contrato (cláusula quarta), já que a liquidação terá por base suas cláusulas, em respeito às regras do art. 63, §2°, I da Lei (Federal) 4320, de 1964;

II – **declarar**, com fundamento na regra do art. 59, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, a **regularidade, com ressalva** dos **Termos Aditivos n. 1 e n. 2** que resulta na recomendação do inciso III;

III - **recomendar**, com fundamento na regra do art. 59, §1º, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, ao atual Prefeito Municipal de Sidrolândia, ou a quem vier a sucedê-lo no cargo, que, quando prestar contas dos contratos administrativos a este Tribunal, demonstre maior cuidado na tempestividade das publicações de seus atos, sob pena de não aprovação da prestação de contas por este Tribunal e consequente aplicação de sanção;

IV – **aplicar multas** ao senhor Ari Basso, inscrito no CPF n. 058.019.820-00, Prefeito Municipal na época dos fatos, pelos motivos e fundamentos seguintes:

a) no valor equivalente à **20 (vinte) UFERMS**, pela infração decorrente da irregularidade descrita no inciso I, ***a***, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012;

b) no valor equivalente à **20 (vinte) UFERMS**, pela infração decorrente da irregularidade descrita no inciso I, ***b***, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012;

c) no valor equivalente a **30 (trinta) UFERMS**, pela infração decorrente da remessa intempestiva a este Tribunal, das cópias dos Termos Aditivos n. 1 e 2, com fundamento nas disposições dos arts. 21, X, 42, IX, 44, I, e 46 da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012;

V – fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da data da intimação do responsável, por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague 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, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) nº 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 12 de abril de 2021.

CONS. FLÁVIO KAYATT
RELATOR

JRL.