ACÓRDÃO - AC00 - 907/2021

PROCESSO TC/MS	**:** TC/4070/2007/001
PROTOCOLO	**:** 1831926
TIPO DE PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	**:** PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO GRANDE
RECORRENTE	**:** JOÃO ANTÔNIO DE MARCO
RELATOR	**:** CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – IRREGULARIDADE DA FORMALIZAÇÃO DO 1° AO 9° TERMOS ADITIVOS DA CONTRATAÇÃO – APLICAÇÃO DE MULTA – CORRETA EXIGÊNCIA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART) – PRORROGAÇÃO DO CONTRATO SEM PESQUISA DE MERCADO – CELEBRAÇÃO DO OITAVO E DO NONO TERMOS ADITIVOS FORA DO PRAZO CONTRATUAL – IRREGULARIDADE RELATIVA À PUBLICAÇÃO INTEMPESTIVA DOS EXTRATOS DE TERMOS ADITIVOS DESCONSIDERADA – REDUÇÃO DA MULTA – PROVIMENTO PARCIAL.

Constatada a correta exigência à época da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) a cada termo aditivo celebrado, de acordo com a norma regulamentar desta Corte, cuja ausência não foi suprida, e mantidas as ilegalidades relativas à prorrogação do contrato sem pesquisa de mercado e à celebração do oitavo e do nono termos aditivos fora do prazo contratual, não há como afastar a irregularidade da prestação de contas dos termos aditivos.

Verificada a publicação do extrato do oitavo e do nono termos aditivos ao contrato dentro do prazo previsto no art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, a infração reconhecida pela intempestividade da publicidade destes deve ser afastada, o que permite a redução do valor da multa aplicada ao recorrente de modo proporcional.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 16ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 28 de junho a 1° de julho de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em **conhecer e dar provimento parcial** do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **João Antônio de Marco**, ex-Secretário Municipal de Serviços e Obras Públicas de Campo Grande, para que os termos dispositivos do Acórdão AC02 - 148/2017 sejam reformados nos sentidos de: I – desconsiderar a irregularidade relativa à publicação intempestiva dos extratos do oitavo e do nono termo aditivo, em razão de ter sido demonstrado que tais extratos foram publicados na imprensa oficial dentro do prazo previsto no art. 61, parágrafo único da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993*;* II – reduzir para 150 (cento e cinquenta) UFERMS a multa aplicada ao recorrente, em razão do saneamento parcial das irregularidades na prestação de contas objeto do acórdão combatido, conforme se verifica nas disposições do inciso precedente.

Campo Grande, 1° de julho de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria destes autos refere-se ao pedido de revisão em face do Acórdão AC02 - 148/2017 (peça 185, fls. 289-294, TC/4070/2007), interposto pelo senhor João Antônio de Marco, ex-Secretário Municipal de Serviços e Obras Públicas de Campo Grande, recebido pela Presidência (peça 2, fl. 13) como recurso ordinário.

Conforme se manifestou a Presidência deste Tribunal (Despacho DSP - GAB.PRES. - 35274/2018, peça 2, fls. 13-14), o pedido de revisão não poderia ter sido manejado porque, de acordo com a regra do art. 73 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, uma das condições para a interposição do pedido de revisão é o **trânsito em julgado** da decisão a que se pede a revisão – o que ainda não havia ocorrido na época em que o senhor João Antônio de Marco interpôs o pedido de revisão do Acórdão AC02 - 148/2017.

No entanto, a petição foi protocolada dentro do prazo previsto no Regimento Interno para a interposição de recurso ordinário. Tendo esse fato em vista e o princípio da instrumentalidade das formas, previsto nos arts. 178 e 227 do Código de Processo Civil – norma aplicável subsidiariamente aos procedimentos deste Tribunal, por determinação do art. 89 da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012 – o expediente foi recebido pela Presidência como **recurso ordinário**.

O recorrente se insurge contra os efeitos do Acórdão AC02 - 148/2017 (peça 185, fls. 289-294, TC/4070/2007), com o seguinte teor da parte dispositiva:

> ***ACÓRDÃO***
>
> *Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 20ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 20 de setembro de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar a irregularidade da formalização do 1° ao 9° Termos Aditivos da Contratação e a regularidade da execução financeira do Contrato de Obra nº 131/2007, celebrado entre o Município de Campo Grande-MS, com a interveniência da Secretaria Municipal de Serviços e Obras Públicas, e Enerpav G. S. Ltda, com aplicação da multa de 200 UFERMS ao Sr. João Antonio de Marco, por irregularidade na prestação de contas.*

Inconformado com o julgamento, o senhor João Antônio de Marco pleiteia o cancelamento da multa aplicada no valor equivalente ao de 200 (duzentas) UFERMS, alegando que:

> *(...) quando do julgamento da contratação por essa Corte, foi relacionada na parte dispositiva, item 2, a fundamentação legal equivocada, haja vista que já não se tratava mais da Instrução Normativa TC/MS n. 17/2000 e Instrução Normativa n. 32/2009 (nesta não existe ao artigo 4º citado na decisão, tinha somente 2 artigos), que foram revogadas pela Instrução Normativa n. 35, de 14 de de-*

zembro de 2011, tratando-se de julgamento equivocado, vez que fundamentado em norma já revogada

Não obstante a isso, mesmo desconsiderando a vigência da Instrução Normativa n. 17/2000, não há nenhuma discriminação nos itens de referência com relação a ART ser apresentada a cada prorrogação, haja vista que a ART apresentada na contratação é válida até o término da mesma, pois o responsável técnico permaneceu o mesmo até o final, como se comprova pela ART e Termo de Recebimento Definitivo, documentos anexos.

Destarte, a alusão pela irregularidade e ilegalidade no caso da ART não é o correto, pois diante do que foi justificado, não houve qualquer irregularidade em relação ao referido documento, nem tampouco existe recomendação na Instrução Normativa TC/MS n. 35/2011 (vigente na época), com relação a exigência de ART nos Termos Aditivos de Prorrogação, vez que é documento válido para toda a contratação, conforme se verifica nas regulamentações do CREA, que a baixa da ART só se dá com a apresentação do Termo de Recebimento Definitivo da contratação, que neste caso, se deu com o encerramento do contrato em 04/10/2012.

Quanto a publicação extemporânea do 6°, 8° e 9° Termos Aditivos, na verdade somente o 8° Termo Aditivo, foi publicado extemporaneamente, pois o 6° foi formalizado em 1°/10/2010 e sua publicação se deu em 26/10/2010, já o 9° foi formalizado em 2/05/2012 e publicado em 11/02/2012, republicado em 14/05/12, devido a um erro no extrato, cópia anexa.

Em oposição a isso, embora tenha ocorrido este lapso pela Administração, é de suma importância trazer a lume, que as correntes doutrinárias predominantes no Direito Administrativo Pátrio preconizam o entendimento de que, mesmo que determinado aviso seja publicado em atraso, não fica elidido o princípio da publicidade, o qual só não estaria cumprido caso não fosse feita tal publicação ainda intempestiva.

No que tange a elaboração do 8° e 9º Termos Aditivos após o prazo estipulado pelo 6° Termo Aditivo, também matéria de análise dessa Corte, esclarecemos que o 6º Termo Aditivo trata-se de prorrogação de prazo contado de 04/10/2010 a 03/102011 (sic)*, resta evidente que só pode haver algum mal-entendido na análise dessa Corte, pois vejamos:*

a. O 8° Termo Aditivo é de prorrogação de prazo, celebrado no dia 03/11/2011 a 2/10/2012, que conforme o 6° Termo Aditivo o prazo era de 04/10/2010 a 3/10/2011, ação correta, pois a Lei 8.666/93 determina que para a contagem de prazo, exclui-se o dia do início e começa a contar o prazo no dia subsequente, a celebração foi no dia do vencimento (3/10/11), começando a contagem no próximo dia, não há o que se falar em irregularidade;

b. Já o 9° Termo Aditivo foi de alteração de quantitativo, formalizado em 02/05/2012, dentro do último período da contratação estipulado pelo 8° Termo Aditivo, que era de 3/11/2011 a 2/10/2012, também não há irregularidade ou ilegalidade alguma.

> *No que concerne à pesquisa de mercado, este Recorrente vem justificar que os preços auferidos na contratação não sofreram alteração no decorrer do período de 5 (cinco) anos, haja vista que em todas as prorrogações eram considerados sempre o preço inicial, o que de plano era a contratação mais vantajosa para a administração, vez que se fossem realizadas novas licitações a Administração correria o risco de ter o serviço interrompido e ainda a probabilidade muito grande de ter acréscimo nos preços. Portanto, em toda contratação, levando em consideração as prorrogações, a Administração sempre obteve preços e condições mais vantajosas.*

Ao examinar os argumentos do recorrente, os auditores da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA) concluíram, conforme se observa no instrumento da Análise ANA - DFEAMA - 2231/2019 (peça 9, fls. 21-28), pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto. Em seguida, os autos foram encaminhados para manifestação do Procurador de Contas, que também opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (Parecer PAR - 4ª PRC - 15632/2019, peça 10, fl. 33).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

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).

Inicialmente, conheço do recurso na forma que admitido pelo Presidente deste Tribunal, por estarem presentes os requisitos exigidos.

Quanto ao mérito, verifico que a análise da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA) demonstrou ser insubsistente a alegação de que houve fundamentação legal equivocada no item 2 da decisão combatida. Segundo o recorrente, as normas citadas na parte dispositiva da decisão foram revogadas com o advento da Instrução Normativa TCE-MS n. 35 de 14 de dezembro de 2011, e não poderiam mais ser aplicadas. Ocorre que as infrações foram cometidas antes da vigência da Instrução Normativa TCE-MS n. 35/2011, ou seja, justamente na vigência das normativas questionadas pelo recorrente. Nesse ponto, é esclarecedor o exame feito pela DFEAMA, que transcrevo abaixo:

> *(...) a contratação vigeu entre os anos de 2007 a 2012 e a Instrução Normativa TC/MS n. 17/2000, teve sua vigência de 4/10/2000 a 31/12/2011. Já a Instrução Normativa n. 32/2009 apenas deu nova redação ao artigo 4º da Instrução Normativa nº 17.*

> *A IN 17/2000 foi sucedida pela IN 35/2011, que vigorou de 1/1/2012 a 31/12/2016, e também previa a documentação exigida nas análises, bem como estipulava o cumprimento de prazos de remessa documental a este Tribunal.*
>
> *Assim, no entendimento desta Divisão, a argumentação do RECORRENTE a respeito de fundamentação legal equivocada* ***NÃO DEVE PROSPERAR****.* (Análise ANA - DFEAMA - 2231/2019, peça 9, fl. 23)

Como argumento suplementar à pretensa fundamentação equivocada na parte dispositiva da decisão – já descartada, conforme visto acima – o recorrente alegou que os normativos deste Tribunal não exigiam a apresentação da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) a cada termo aditivo celebrado. Sustentou ainda que não haveria motivo para exigir tal documento, pois a ART apresentada na celebração do contrato seria válida até o término da contratação, uma vez que "o responsável técnico permaneceu o mesmo até o final, como se comprova pela ART e Termo de Recebimento Definitivo" (peça 1, fl. 4).

Mais uma vez, a equipe técnica apontou a falta de convergência entre o que foi alegado pelo recorrente e o que é previsto nas disposições legais e regulamentares aplicáveis. Vejamos:

> *(...) havia previsão no artigo 3º, II, 5, da IN 17/2000, bem como no Anexo I, Capítulo III, Seção I, 1.1.2, B, 3 e 1.3.2, B, 3, da IN 35/2011 para remessa da ART junto às documentações comprobatórias da contratação e da execução financeira.*
>
> *E, ainda, conforme item 4 da Análise ANC-DEAMA-12878/2013 (peça 170 do TC/4070/2007), 5 (cinco) dos aditivos contratuais firmados compreendem acréscimo de valores,* ***demandando a expedição de ART complementar****, na forma do artigo 10, I, a da Resolução CONFEA n. 1025/2009, referente à Lei 6.496/77.*
>
> *Desta forma, a justificativa do RECORRENTE* ***NÃO PROSPERA*** *em afastar a irregularidade apontada.* (Análise ANA - DFEAMA - 2231/2019, peça 9, fl. 24)

Diante disso, estou convencido de que a ART foi corretamente exigida, não assistindo razão ao recorrente nesse ponto.

Dando continuidade ao exame da matéria, vejo que, em relação à intempestividade na publicação dos extratos dos termos aditivos na imprensa oficial, o recorrente alegou o seguinte:

> *Quanto à publicação extemporânea do 6°, 8° e 9° Termos Aditivos, na verdade somente o 8° Termo Aditivo, foi publicado extemporaneamente, pois o 6° foi formalizado em 1°/10/2010 e sua publicação se deu em 26/10/2010, já o 9° foi formalizado em 2/05/2012 e publicado em 11/02/2012, republicado em 14/05/12, devido a um erro no extrato, cópia anexa.* (peça 1, fl. 4)

Embora o recorrente tenha incluído o 6º termo aditivo no rol dos termos cujo extrato foi publicado fora do prazo previsto no parágrafo único do art. 61 da Lei n. 8.666/1993, observo que o Acórdão AC02 - 148/2017 apontou publicação intem-

pestiva apenas do extrato do **7º**, 8º e 9º termo aditivo ao Contrato de Obra n. 131/2007. Dessa forma, deixo de me posicionar acerca da publicação intempestiva do extrato do 6º termo aditivo – já que tal irregularidade não consta do Acórdão AC02 - 148/2017. Em relação ao oitavo e ao nono termo aditivo, as informações contidas nos autos do TC/4070/2007 podem ser assim resumidas:

	Data da assinatura	Data limite* para publicação	Data da publicação	Situação
8º Termo Aditivo	3/11/2011 (peça 195, fl. 1802, TC/4070/2007)	27/12/2011	12/12/2011(peça 195, fl. 1804, TC/4070/2007)	PUBLICAÇÃO TEMPESTIVA
9º Termo Aditivo	2/5/2012 (peça 195, fl. 1937, TC/4070/2007)	1º/7/2012	14/5/2012 (peça 195, fl. 1940, TC/4070/2007)	PUBLICAÇÃO TEMPESTIVA

* Conforme art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Dessa forma, considerando que o extrato do oitavo e do nono termo aditivo foi publicado dentro do prazo previsto no art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, a irregularidade relativa à publicação intempestiva dos extratos dos referidos termos aditivos na imprensa oficial deve ser excluída. Consequentemente, deve haver uma redução proporcional no valor da multa aplicada ao recorrente.

Por outro lado, verifico que, diferentemente do que foi defendido pelo recorrente, o oitavo e o nono termo aditivo foram celebrados depois de encerrada a vigência contratual. A DFEAMA (peça 9, fl. 25) consolidou as informações sobre os termos aditivos na tabela reproduzida abaixo:

	Objeto e fundamento	**Data da assinatura**	**Fls.**
6º Termo Aditivo	Prorroga de 4/10/2010 a **3/10/2011** – art. 57, II, Lei n. 8.666/93.	1º/10/2010	1121-1123 (TC/4070/2007)
7º Termo Aditivo	Acrescenta R$ 381.447,50 – art. 65, I, b e §1º Lei n. 8.666/93.	1º/3/2011	1257-1259 (TC/4070/2007)
8º Termo Aditivo	Prorroga de 4/10/2011 a 2/10/2012 – art. 57, II, Lei n. 8.666/93.	**3/11/2011**	1385-1389 (TC/4070/2007)
9º Termo Aditivo	Acrescenta R$ 381.447,50 – art. 65, I, b e §1º Lei n. 8.666/93.	2/5/2012	1509-1533 (TC/4070/2007)

Com isso, a DFEAMA demonstrou que o **oitavo termo** aditivo foi firmado em **NOVEMBRO**, após o término do contrato que findou em **OUTUBRO** (peça 9, fl. 25). Sendo assim, não foi sanada a falha referente à celebração do oitavo e do nono termo aditivo fora do prazo contratual.

Por fim, vejo que não há como verificar se, na prorrogação contratual, houve obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, uma vez que o recorrente não juntou aos autos documentos que demonstrassem a realização de pesquisa dos preços praticados no mercado na época de cada prorrogação. Com isso, não foi possível comprovar o cumprimento da regra do art. 57, II, da Lei n. 8.666/1993, permanecendo a irregularidade relativa à prorrogação do contrato sem pesquisa de mercado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, concordando parcialmente com a análise da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (DFEAMA) e acolhendo em parte o parecer do representante do Ministério Público de Contas (MPC), **voto** pelo **conhecimento** e **provimento parcial** ao recurso ordinário interposto pelo senhor João Antônio de Marco, ex-Secretário Municipal de Serviços e Obras Públicas de Campo Grande, para que os termos dispositivos do Acórdão AC02 - 148/2017 sejam reformados nos sentidos de:

I – desconsiderar a irregularidade relativa à publicação intempestiva dos extratos do oitavo e do nono termo aditivo, em razão de ter sido demonstrado que tais extratos foram publicados na imprensa oficial dentro do prazo previsto no art. 61, parágrafo único da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993*;*

II – reduzir para 150 (cento e cinquenta) UFERMS a multa aplicada ao recorrente, em razão do saneamento parcial das irregularidades na prestação de contas objeto do acórdão combatido, conforme se verifica nas disposições do inciso precedente.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento parcial ao recurso ordinário, e desconsiderar a irregularidade relativa à publicação intempestiva dos extratos do oitavo e do nono termo aditivo, reduzindo o valor da multa arbitrada.

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, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos e Marcio Campos Monteiro.

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

Campo Grande, 1° de julho de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**

Relator

MSS/dssm