DELIBERAÇÃO AC00 - 523/2016

PROCESSO TC/MS	**:** TC/16222/2013
PROTOCOLO	**:** 1432390
TIPO DO PROCESSO	**:** RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	**:** AGÊNCIA ESTADUAL DE DEFESA SANITÁRIA ANIMAL E VEGETAL/MS
RECORRENTE	**:** MARIA CRISTINA GALVÃO ROSA CARRIJO
RELATOR	**:** CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE – PREENCHIMENTO – DECISÃO – ADITIVO CONTRATUAL – PERCENTUAL SUPERIOR AO PERMISSIVO LEGAL – IRREGULARIDADE – MULTA – RAZÕES RECURSAIS – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – FORNECEDOR EXCLUSIVO – HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE VALIDADE DO ADITIVO – PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA – RECURSO PROVIDO.

I- O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto deve ser conhecido e, no mérito merece ser provido, diante da demonstração da hipótese excepcional de validade do aditivo em valor superior ao permissivo legal, porquanto em razão da exclusividade na prestação do serviço, este só poderia ser realizado pelo laboratório contratado, incidindo ao caso o principio da eficiência aplicada à administração pública.

II- O provimento do recurso acarreta a declaração de regularidade da terceira fase da contratação pública no que tange aos atos relativos ao termo aditivo ao contrato em exame e a consequente exclusão da sanção de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 11ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 11 de maio de 2016, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em conhecer e dar provimento ao Recurso para reformar a Decisão Simples da 2ª Câmara: DS02- SECSES-533/2012, porquanto o serviço só poderia ser realizado pelo laboratório contratado, dessa forma, se fosse realizado outro procedimento licitatório, em vez do aditivo, o resultado prático seria o mesmo, por inviabilidade de competição, levando em conta o principio da eficiência aplicado à administração publica e como consequência lógica do provimento do recurso, declarar a regularidade da 3ª (terceira) fase da contratação pública no que tange aos atos relativos ao Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n.º 20/2009, e a EXCLUSÃO da sanção de multa no valor de 250 (duzentos e cinquenta) UFERMS.

Campo Grande, 11 de maio de 2016.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr.. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos estes autos (Processo TC/16222/2013) de Recurso Ordinário previsto no art. 69, da referida Lei Complementar n.º 160/2012[1], em que é Recorrente o Sr. MARIA CRISTINA GALVÃO ROSA CARRIJO e o julgado recorrido é o v. Decisão da 2ª Câmara: DS02-SECSES-533/2012.

Trata-se de recurso interposto com o objetivo de ver reformado a v. Decisão deste Tribunal de Contas que, por unanimidade de votos e acolhendo o Parecer do Ministério Público de Contas, decidiu pela regularidade do procedimento licitatório, da formalização contratual, pela irregularidade e ilegalidade do aditivo contratual e aplicou a sanção de multa.

Inconformada com o resultado do julgamento, a ordenadora de despesas, ora recorrente, protocolizou a Petição às fls. 02/118, acompanhada de documentos, requerendo ao final a declaração de regularidade e a exclusão da multa.

O Conselheiro Presidente desta Corte, com amparo no artigo 215, do RITC/MS, cumprindo assim suas funções regimentais exerceu o juízo de prelibação e autorizou o recebimento do Ofício, como Recurso Ordinário (art. 220, do RITC/MS) determinando a distribuição a esta relatoria (fls. 0119).

O Ministério Público de Contas (MPC), conforme Parecer: PARECER PAR - MPC - GAB.1 DR.JAC/PROCURADOR GERAL - 12495/2015, através de seu douto representante opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr.. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Preliminarmente, quanto a análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso. Pressupostos Extrínsecos e Intrínsecos: Interposto por escrito (art. 215, inciso I, do RITC/MS). Sendo tempestivo e a petição recursal contém a qualificação indispensável à identificação do recorrente. Regular a representação processual, eis que a recorrente, possui legitimidade para apresentar o presente recurso (art. 213, inciso II, do RITC/MS). Quanto aos demais pressupostos estão preenchidos, porquanto o recorrente embasa seu pedido em argumentação e documentos capazes de elidirem os fundamentos da decisão recorrida, de forma a produzir eficácia sobre a prova produzida.

[1] Publicada no DOE/MS Nº 8.102, de 03 de Janeiro de 2012.

Destarte, porquanto, presentes os pressupostos de admissibilidade previstos nos art. 66, inciso I e art. 69, da Lei Complementar nº 160/2012 e nos art. 151 a 154, do RITC/MS, conheço do presente Recurso Ordinário.

Através da Decisão Simples da 2ª Câmara: DS02-SECSES-533/2012 este Tribunal de Contas, por unanimidade de votos, decidiu, conforme ementa a seguir transcrita, a seguinte decisão:

> *"I – Pela REGULARIDADE e LEGALIDADE do processo de inexigibilidade de licitação, da formalização do instrumento contratual e da execução financeira do contrato; nos termos dos artigos 54, usque 64, da Lei n.º 8.666/93 e artigos 60, usque 69, da Lei n.º 4.320/64;*
>
> *II – Pela IRREGULARIDADE e ILEGALIDADE do Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n.º 20/2009, por violação do Art. 65, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93;*
>
> *III – Pela APLICAÇÃO DE MULTA, em valor correspondente a 250 (duzentas e cinquenta) UFERMS, a Autoridade Responsável, Sr.ª Maria Cristina Galvão Rosa Carrijo, Diretora- Presidente da Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal de Mato Grosso do Sul – IAGRO, inscrita no CPF n.º 309.069.701-72, em razão de ato praticado com grave infração à norma legal e regulamentar, nos termos do Art. 197, inciso II, da Resolução Normativa n.º 057/2006;*
>
> *IV - Pela CONCESSÃO DO PRAZO de 60 (sessenta) dias para o recolhimento da multa ao FUNTC, conforme o art. 83 da Lei Complementar n.º 160/2012, devendo comprovar o pagamento nos autos em prazo idêntico, sob pena de cobrança executiva judicial; V – Pela COMUNICAÇÃO do resultado deste julgamento aos interessados, em atenção ao art. 50, II, da Lei Complementar n.º 160/2012 c/c art. 106, parágrafo 1.º, da Resolução Normativa TC/MS n.º 57/2006."* (grifei)

O fato que motivou a emissão da decisão desfavorável foi o extrapolamento do limite de 25% (vinte cinco por cento) previsto no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, porquanto o aditivo teria elevado o valor inicial da contração, em valor superior a 60% (sessenta por cento).

Em suas razões recursais, o peticionante argumenta, em síntese, que os serviços são prestados por fornecedor exclusivo e que existiu o restabelecimento da equação financeira do contrato (art. 40, inciso XI, da Lei n.º 8666/93), vejamos:

> *"O Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n.° 20/2009, teve como finalidade prorrogar prazo contratual por igual e sucessivo período, ou seja, por mais 12 (doze) meses, nos termos do art. 57, inc. II, da Lei n.° 8.666/93 e consequentemente, no mesmo termo houve reajuste de preços, em que o valor unitário das análises passaram de R$ 922,00 para R$ 966,00,* ***destinados exclusivamente ao restabelecimento da equação econômica financeira do contrato, tal como previsto no art. 40, inciso XI, da Lei n.° 8.666/93****, não estando, portanto, atrelado ao limite estabelecido no § 1°, do art. 65, da Lei n.°*

> *8.666/93 (inexigibilidade de atenção aos acréscimos de até 25%), nos termos da Decisão Simples DS02- SECSES-533/2012.*
>
> *(...)*
>
> *Ao contrário,* ***privilegiando o princípio da eficiência, considerando a continuidade do serviço****, admitiu fosse mantido o contrato pelo tempo necessário a concretiza interesse público envolvido, por se tratar do* ***único Laboratório credenciado na Coordenação Geral de Apoio Laboratorial - CGAL, do Ministério da Agricultura****, Pecuária e Abastecimento para realizar análises físico-químicas de produtos de origem vegetai para fins de classificação do malte cervejeiro, em estrita observância e obediência a Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei n.° 8.666/93).”* (fls. 046, 047, 050 e 051) (grifei)

O objeto da licitação pública está descrito no Contrato, na Cláusula Primeira, com as devidas especificações, vejamos:

> *“Cláusula Primeira – Objeto: O objetivo deste contrato é a Prestação, pela Contratada de serviços de* ***análises químicas, químicas analíticas, físico-químicas e Físicas*** *que serão executados em* ***amostras de CEVADA CERVEJEIRA e MALTE CERVEJEIRO****, a serem executados em amostras que serão encaminhadas pela CONTRATANTE.*
>
> *Parágrafo Único – As análises serão realizadas pelos profissionais devidamente credenciados, sob a supervisão do responsável técnico do Laboratório de Análises do CENTRO DE TECNOLOGIA SENAI-RJ ALIMENTOS E BEBIDAS”* (grifei) (fls. 092)

O cerne da questão refere-se ao aumento do valor por amostra da análise de malte cervejeira de R$ 920,00 para R$ 966,00, correspondente a uma variação percentual (∆%) de 5% (cinco por cento), portanto dentro do limite legal de 25% e a prorrogação da vigência do contrato por mais um ano, o que elevou o valor inicial estimado da contratação de R$ 22.800,00 (vinte e dois mil e oitocentos reais) para o valor executado R$ 36.682,00 (trinta e seis mil seiscentos e oitenta e dois reais), ou seja, aumento de 60,89%, fora do limite legal.

Entretanto, como se trata de inexigibilidade de licitação, em razão do fornecimento exclusivo do serviço por um fornecedor, tal situação se encaixa na hipótese excepcional de validade do aditivo, porque, o serviço só poderia ser realizado pelo laboratório contratado, dessa forma, se fosse realizado outro procedimento licitatório, em vez do aditivo, o resultado prático seria o mesmo, por inviabilidade de competição, logo levando em conta o principio da eficiência aplicado a administração publica (art. 37, *caput*, da CF) a pena da sanção de multa deve ser relevada.

Neste sentido, a decisão do Tribunal de Contas da União (TCU) ao decidir sobre tema similar ao aqui tratado, vejamos:

> *“****Aditivos contratuais superiores aos limites estabelecidos na Lei 8.666/1993: em caráter excepcional, podem ser considerados válidos****.*
>
> *Mediante representação, o Tribunal apurou possíveis irregularidades que teriam*

sido cometidas pela Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – (Hemobrás), no âmbito do aditamento 01/2010, promovido ao contrato 22/2007, ***firmado entre aquela estatal e o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies – (LFB)****, tendo por objeto inicial a* ***transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados****.*

O aditivo em questão ensejou acréscimo de, aproximadamente, 2.700% ao valor inicialmente constante do contrato*, o qual passou a prever que o LFB encarregar-se-ia não só da transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados, mas também da própria execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil. Ao analisar a matéria, o relator destacou que, "embora a assinatura do aditivo 01/2010 não se coadune com a decisão 215/1999-Plenário e, por conseguinte, tenha representado, a princípio, afronta ao art. 65, § 1º, da Lei 8.666, de 21/6/1993, o* ***resultado prático da realização de processo licitatório distinto possivelmente seria o mesmo, qual seja, a contratação do Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies, uma vez que este laboratório foi o único a participar da concorrência internacional que precedeu o contrato 22/2007"****. A essa* ***possível inexistência de outras empresas interessadas****, aditou o relator o fato de que o aditivo 01/2010, ao incumbir o LFB de executar o fracionamento de plasma sob o acompanhamento de técnicos da estatal contratante, ter possibilitado a imediata transferência de tecnologia relacionada ao processo de produção de hemoderivados, independentemente da conclusão das obras de construção da fábrica da Hemobrás, atrasada em decorrência da anulação de duas outras licitações. Acresceu, ainda o relator, que "a* ***contratação de outro laboratório que não o LFB resultaria em retrabalho para a Hemobrás, eis que seus técnicos, após a construção da fábrica, teriam de se adaptar a rotinas e fluxogramas distintos daqueles adotados até então, haja vista se diferenciarem, de laboratório para laboratório, muitos dos procedimentos afetos ao processo de fracionamento de plasma, inclusive com relação à coleta e ao controle de qualidade****". Assim,* ***diante das peculiaridades do caso, votou o relator pelo não apenamento do signatário do termo aditivo 01/2010 do contrato 22/2007, o qual, em caráter excepcional, deveria ser considerado válido.*** *Nos termos do voto, o Plenário manifestou sua anuência.* ***Acórdão n.º 448/2011-Plenário, TC-011.298/2010-3, rel. Min. Aroldo Cedraz, 23.02.2011."*** (grifei)

Destarte, restando demonstrada com a superveniência de novos argumentos que estes foram capazes de elidir prova anteriormente produzida, alterando o resultado do julgamento, conclui-se pela procedência do pedido para julgar legal e regular o aditivo ao contrato (art. 120, inciso III, do RITC/MS) e excluir a sanção de multa.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO** nos termos seguintes, pelo(a):

01. – **CONHECIMENTO** do presente Recurso Ordinário (art. 69, da Lei Complementar n.º 160/2012), porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade previstos nos art. 66, inciso I e art. 69, da Lei Complementar nº 160/2012 e nos art. 151 a 154, do RITC/MS;

02. – **PROVIMENTO** do presente Recurso Ordinário (art. 69, da Lei Complementar n.º 160/2012), para reformar a Decisão Simples da 2ª Câmara: DS02-SECSES-533/2012, porquanto o serviço só poderia ser realizado pelo laboratório contratado, dessa forma, se fosse realizado outro procedimento licitatório, em vez do aditivo, o resultado prático seria o mesmo, por inviabilidade de competição, levando em conta o principio da eficiência aplicado a administração publica (art. 37, *caput*, da CF);

03. - **DECLARAÇÃO**, como consequência lógica do provimento do recurso, de **REGULARIDADE** e **LEGALIDADE**, da 3ª (terceira) fase da contratação pública (art. 120, inciso III, do RITC/MS) no que tange aos atos relativos ao Primeiro Termo Aditivo ao Contrato n.º 20/2009, com fulcro no art. 59, LC nº 160/2012 e a **EXCLUSÃO** da sanção de multa no valor de 250 (duzentos e cinquenta) UFERMS;

04. - **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Conselheiro relator, para conhecer e dar provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Marisa Joaquina Monteiro Serrano, Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo e Jerson Domingos.

Presente o Exmo. Sr. José Aêdo Camilo, Procurador Geral de Contas.

Campo Grande/MS, 11 de maio de 2016.

IRAN COELHO DAS NEVES
Conselheiro Relator

ARP