DECISÃO SINGULAR DSG - G.ODJ - 5082/2017

PROCESSO TC/MS	: TC/10601/2013
PROTOCOLO	: 1425149
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA ALVORADA DO SUL/MS
ORDENADOR DE DESPESAS	: ARLEI SILVA BARBOSA
CARGO DO ORDENADOR	: PREFEITO MUNICIPAL, À ÉPOCA
ASSUNTO DO PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 125/2009
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	: CONVITE N. 48/2009
OBJETO DA CONTRATAÇÃO	: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO EM EQUIPAMENTOS
EMPRESA CONTRATADA	: RAFAEL FARIA FERRAZ-ME
VALOR INICIAL	: R$ 54.000,00
RELATOR	: CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO

CONTRATAÇÃO PÚBLICA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. FORMALIZAÇÃO E TEOR DO CONTRATO. TERMO ADITIVO. EXECUÇÃO FINANCEIRA. ILEGALIDADE E IRREGULARIDADE. MULTA.

DO RELATÓRIO

Tratam os autos do Contrato Administrativo n. 125/2009, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Nova Alvorada do Sul/MS e a empresa Rafael Faria Ferraz-ME, decorrente do procedimento licitatório na modalidade Convite n. 48/2009, cujo objeto é a prestação de serviços de manutenção em equipamentos, no valor inicial de R$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais), sob a responsabilidade do Sr. Arlei Silva Barbosa, prefeito municipal.

Analisam-se, neste momento, os atos relativos ao procedimento licitatório (1ª fase), à formalização e teor do contrato (2ª fase), ao primeiro termo aditivo e à execução financeira (3ª fase), nos termos do art. 120, I, "a", II, III e § 4º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (RITC/MS), aprovado pela Resolução Normativa TC/MS n. 76, de 11 de dezembro de 2013.

Conforme a manifestação da equipe técnica, Análise ANA-4ICE-7613/2015, e o parecer do Ministério Público de Conta, MPC, Parecer PAR-MPC-GAB.5 DR.JOAOMJR-3839/2016, os atos praticados pelo gestor apresentaram ilegalidade e irregularidade.

DA DECISÃO

Ao analisar o procedimento licitatório, Convite n. 48/2009, verifica-se a ausência da declaração de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte da empresa vencedora da licitação, conforme consta do item 13 do edital da licitação:

"13. A licitante que se enquadrar como MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE, nos termos da LC 123/06, deverá juntar, no envelope de habilitação. Declaração de enquadramento de microempresa - ME ou empresa de Pequeno porte - EPP, conforme anexo III deste edital, e para estas, vigorarão os seguintes benefícios legais."

Nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/93, a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com o princípio, dentre outros, da vinculação ao instrumento convocatório. É evidente que uma das regras que vige sobre a licitação é a de que o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato; nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Trata-se de princípio que se dirige tanto à Administração quanto aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório. A importância do instrumento convocatório está no fato de que quando a Administração estabelece, no edital, as condições para participação da licitação, estabelece também as cláusulas essenciais do futuro contrato e é com base nesses elementos que os candidatos apresentam suas propostas.

Tal circunstância está prevista nos arts. 41 e 43 da Lei n. 8.666/93:

"Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

(...)

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...) V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;"

Sendo assim, se o edital vincula todo o procedimento, bem como estabelece todas as regras do jogo, havendo qualquer ilegalidade que vicie este instrumento convocatório, esta ilegalidade se estende a todos os

atos que dele decorrerem e, consequentemente, o possível futuro contrato, conforme art. 49 da Lei n. 8.666/93:

"Art. 49.

(...)

2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei." (grifou-se).

Contudo, verificada a ilegalidade do procedimento licitatório por desobediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consequentemente o contrato resta maculado.

Assim decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

"MS. LICITAÇÃO. ANULAÇÃO. OBJETO. PERDA. A Turma entendeu que a interposição do mandamus para atacar ilegalidades que viciam o edital de licitação e os atos dele decorrentes passíveis de anulação significa que a adjudicação e a posterior celebração de contrato também o são, descabendo, pois, a alegada perda de objeto (art. 49, § 2º, da Lei n. 8.666/1993). Resp 1.059.501-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 18/8/2009."

O contrato teve seu prazo de vigência prorrogado pelo período de 4.11.2010 a 4.11.2011, permanecendo as demais cláusulas contratuais inalteradas.

O valor global da contratação, para o período de 3.11.2009 a 3.11.2010, foi de R$ 54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais). Com a prorrogação do prazo de vigência, o valor final do contrato passou a ser de R$ 108.000,00 (cento e oito mil reais).

Considerando que a modalidade de licitação escolhida para a realização do procedimento foi o convite, uma vez que o valor estimado para a contratação foi de R$ 68.200,00 (sessenta e oito mil e duzentos reais), conforme item 25 do edital, a prorrogação do prazo de vigência do contrato extrapola o limite do valor estabelecido no art. 23, II, "a", da Lei n. 8.666/93.

Sobre esse assunto, o Tribunal de Contas da União assentou o seguinte posicionamento no Acórdão 1625/2009-Plenário sobre a extrapolação do valor limite na prorrogação de contrato de natureza contínua, na modalidade licitatória adotada:

"... realize planejamento prévio de seus gastos anuais, de modo a evitar fracionamento de despesas de mesma natureza e a extrapolação do limite estabelecido no artigo 23, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993, principalmente em se tratando da contratação de serviços de prestação continuada (art. 57, inciso II, da referida Lei), tendo em vista que o valor limite para as modalidades licitatórias é cumulativo ao longo do exercício financeiro;

(...)

Os doutrinadores Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes posicionam-se no sentido de que o valor a ser considerando para fins de definir a modalidade de licitação a ser realizada é o valor total do contrato, incluindo-se as prorrogações.

A jurisprudência desta Corte também é no mesmo sentido. Apontamos os Acórdãos ns. 260/2002 do Plenário desta Corte e 1.862/2003 e 2.753/2005, esses últimos prolatados pela Primeira Câmara desta Corte. Transcrevemos, a seguir, trechos do Relatório e do Voto do Ministro-Relator do Acórdão n. 2.753/2005 da Primeira Câmara:

"Na hipótese, tratando-se da contratação de serviços de natureza continuada, o modo de proceder que melhor se coaduna com referidos princípios consiste em identificar-se a obrigatoriedade de licitar-se e, sendo esse o caso, adotar o modalidade que seja compatível com a estimativa do valor global do contrato, incluindo as prorrogações, sob pena de, optando-se por procedimento mais simples, referente a apenas os doze meses iniciais, incorrer-se em ilegalidade.

(...)

No caso em exame, em virtude de abordar contratações de serviços de natureza continuada, a interpretação que melhor se coaduna com os princípios mencionados é a adoção de modalidade de licitação mais ampla, que seja compatível com a estimativa do valor global do contrato, incluindo as prorrogações, sob pena de, utilizando-se modalidade mais simples, referente a apenas os doze meses iniciais, restringir-se a competitividade do certame.".

A par do exposto, outros pronunciamentos daquele Tribunal de Contas foram também firmados no mesmo sentido:

"Proceda ao adequado planejamento das licitações, de modo a demonstrar, nos autos, que o enquadramento na modalidade adotada foi precedido de avaliação dos custos totais de sua conclusão, levando-se em consideração, inclusive, as despesas decorrentes de prorrogações contratuais, nos termos do art. 57 da Lei 8.666/1993. Acórdão 428/2010-Segunda Câmara.

(...) Adote a modalidade adequada de acordo com os arts. 23 e 24 da Lei n. 8.666/1993, c/c o art. 57, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, de modo a evitar que a eventual prorrogação do contrato administrativo dela decorrente resulte em valor total superior ao permitido para a modalidade utilizada, tendo em vista a jurisprudência do Tribunal. Acórdão 1084/2007 - Plenário.".

Destaco, finalmente, trecho em que o Professor Marçal Justen Filho (comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 275) tece comentários sobre a referida matéria, nestes termos:

"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 dos sessenta meses. Isso não significa afirmar que o valor do contrato, pactuado por doze meses, deva ser fixado de 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."

Assim, o Contrato n. 125/2009, cujo valor, depois da assinatura do primeiro termo aditivo, ultrapassou o limite estabelecido para a licitação na modalidade de convite, adotada originalmente, contraria as prescrições do art. 23, II, "a", e § 5º, da Lei n. 8.666/93.

A execução financeira do contrato foi assim demonstrada:

Valor total empenhado	R$ 103.500,00
Valor total de notas fiscais	R$ 54.000,00
Comprovantes de pagamentos	R$ 54.000,00

Observa-se que dos documentos comprobatórios da execução financeira restou o saldo de R$ 49.500,00 (quarenta e nove mil e quinhentos reais) referente à emissão de nota de empenho, não sendo apresentado o documento que comprove a anulação desse saldo, conforme exigido pela Resolução Normativa TC/MS n. 1/95, vigente à época, para a regular prestação de contas.

A demonstração da legalidade e regularidade das despesas decorrentes dos contratos regidos pela Lei n. 8.666/93 aos Tribunais de Contas é exigência contida na própria lei, senão vejamos:

"[...]

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade

e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

[...]"

O Administrador público deve atender os princípios básicos administrativos previstos no art. 37 da Constituição Federal, e ao deixar de dar cumprimento a normas legais e administrativas se afasta do princípio da legalidade, que impõe aos atos da administração a obrigação de estar em conformidade com tais leis e regulamentos.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

"[...]

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]"

Hely Lopes Meirelles define:

"A legalidade, como principio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso" (MIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.).

Portanto, a desobediência às prescrições insertas na Instrução Normativa TC/MS n. 1/95, vigente à época, reveste de irregularidade os atos praticados pelo ordenador de despesas na execução do objeto contratual, ficando maculada a 3ª fase do contrato em apreço.

No entanto, a impugnação da importância sugerida pelo MPC caracterizaria enriquecimento ilícito do município, uma vez que não houve pagamento acima do valor da despesa efetivamente liquidada, razão pela qual deixo de acolher tal proposição.

Ressalta-se que o responsável por todas as fases da presente contratação foi devidamente intimado a comparecer nos autos, conforme os termos de intimação n. 8911/2014, n. 13144/2014 e n. 8213/2016, para apresentar as justificativas e os documentos que comprovassem a legalidade dos apontamentos expostos na presente decisão, no entanto, o mesmo não respondeu às intimações.

Assim, acolho a análise técnica da 4ª ICE e, em parte, o parecer do Ministério Público de Contas, e **DECIDO**:

1. pela **ilegalidade** e **irregularidade** do procedimento licitatório na modalidade Convite n. 48/2009, com fulcro no art. 59, III, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, c/c o art. 120, I, "a", do RITC/MS;

2. pela **ilegalidade** e **irregularidade** da formalização e teor do Contrato Administrativo n. 125/2009, com fulcro no art. 59, III, da Lei Complementar Estadual n. 160/2012, c/c o art. 120, III, do RITC/MS;

3. pela **ilegalidade** e **irregularidade** do primeiro termo aditivo ao Contrato Administrativo n. 125/2009, 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. 125/2009, com fulcro no art. 59, III, da LCE n. 160/2012, c/c, o art. 120, III, do RITC/MS;

5. pela **aplicação de multa** no valor de 200 (duzentas) UFERMS ao Sr. Arlei Silva Barbosa, inscrito no CPF sob o n. 176.485.991-04, ordenador de despesas, à época, sendo:

5.1 50 (cinquenta) UFERMS em razão da irregularidade e da ilegalidade do procedimento licitatório na modalidade Convite n. 48/2009, por desobediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme determina o art. 3º, o art. 41 e o art. 43, todos da Lei n. 8.666/93 e a Instrução Normativa TC/MS n. 1/95, vigente à época, com fulcro no art. 44, I, e no art. 61, III, ambos da LCE n. 160/2012, c/c o art. 13, IV, do RITC/MS;

5.2 50 (cinquenta) UFERMS em razão da irregularidade e da ilegalidade da formalização e teor do Contrato Administrativo n. 125/2009, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei n. 8.666/1993, com fulcro no art. 44, I, e no art. 61, III, ambos da LCE n. 160/2012, c/c o art. 13, IV, do RITC/MS;

5.3 50 (cinquenta) UFERMS em razão da irregularidade e da ilegalidade da formalização do primeiro termo aditivo ao Contrato Administrativo n. 125/2009, por desobediência às prescrições do art. 23, II, "a", e § 5º, da Lei n. 8.666/93, com fulcro no art. 44, I, e no art. 61, III, ambos da LCE n. 160/2012, c/c o art. 13, IV, do RITC/MS;

5.4 50 (trinta) UFERMS em razão da irregularidade e da ilegalidade da execução financeira do Contrato Administrativo n. 125/2009, por desobediência à Instrução Normativa TC/MS n. 1/95, vigente à época, com fulcro no art. 44, I, e no art. 61, III, ambos da LCE n. 160/2012, c/c o art. 13, IV, do RITC/MS;

6. pela **concessão** do prazo de 60 (sessenta) dias para que o responsável acima mencionado recolha a multa aplicada ao FUNTC, de acordo com o art. 83 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 172, § 1º, do RITC/MS, e comprovando-se nos autos, sob pena de cobrança executiva, observado o disposto no art. 78 da mesma lei complementar;

7. pela **intimação** do resultado deste julgamento às autoridades administrativas competentes, observado o disposto no art. 50 da LCE n. 160/2012, c/c o art. 70, § 2º, do RITC/MS.

Campo Grande, 9 de junho de 2017.

CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO
Relator

ejo