DECISÃO SINGULAR DSG - G.FEK - 6656/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/3776/2016
PROTOCOLO	: 1673794
ÓRGÃO	: CÂMARA MUNICIPAL DE IVINHEMA
JURISDICIONADO (A)	: 1. DALGOMIR BURAQUI (PRESIDENTE DA CÂMARA ENTRE 31/12/2010 E 31/12/2012) 2. VALTER PETRELI BRANCO (PRESIDENTE DA CÂMARA ENTRE 1/1/2013 E 31/12/2014) 3. ALUISIO SOARES DE AZEVEDO JUNIOR (PRESIDENTE DA CÂMARA ENTRE 1/1/2015 E 31/12/2016)
INTERESSADO (A)	: PAJAX PUBLICIDADE E PROPAGANDA LTDA. – ME
TIPO DE PROCESSO	: CONTRATO ADMINISTRATIVO N. 2/2012
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

A matéria dos autos trata da prestação de contas referente ao Contrato Administrativo n. 2/2012, celebrado entre a Câmara Municipal de Ivinhema e a empresa Pajax Publicidade e Propaganda Ltda. – ME, tendo por objeto a *"contratação de Agência de Propaganda para executar um conjunto de atividades que tenham por objeto o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, à execução de pesquisas e de outros instrumentos de avaliação de meios de divulgação nos quais serão difundidas as peças e ações publicitárias, à produção e à execução técnica das matérias em consonância com novas tecnologias, visando à expansão dos efeitos das mensagens e das ações publicitárias do Poder Legislativo Municipal de Ivinhema-MS"* (peça n. 1, fls. 4-5). Neste momento, examina-se a regularidade da licitação, realizada por meio da Tomada de Preços n. 2/2011, do contrato e seus três termos aditivos, bem como da execução contatual.

Observa-se que os senhores Aluisio Soares de Azevedo Junior, presidente da Câmara Municipal entre 1/1/2016 e 29/7/2017, e Dalgomir Buraqui (presidente da Câmara Municipal entre 31/12/2010 e 31/12/2012) foram intimados (Termo de Intimação n. 4282/2016, peça n. 2, fls. 20-23, e Termo de Intimação n. 4283/2016, peça n. 3, fls. 24-27) a prestar esclarecimentos, oferecer justificativas e apresentar documentos para sanar as falhas e irregularidades indicadas nos instrumentos de intimação.

Depois de examinar as respostas às intimações supramencionadas (peça n. 11, fls. 37-279, e peça n. 12, fls. 280-501), bem como demais documentos juntados aos autos, a então 1ª Inspetoria de Controle Externo (1ª ICE) procedeu à Análise n. 16361/2016 (peça n. 19, fls. 771-783), na qual apontou que as irregularidades indicadas nos instrumentos de intimação não foram completamente sanadas pelos jurisdicionados, uma vez que permaneceram ausentes nos autos os documentos a seguir relacionados:

- Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas;

- atos de adjudicação e homologação;

- cópia da publicação na imprensa oficial do extrato do primeiro termo aditivo ao contrato;

- justificativa para celebração do segundo termo aditivo ao contrato;

- autorização da autoridade competente para celebração do primeiro, segundo e terceiro termo aditivo ao contrato;

- identificação da unidade gestora (Subanexo XVIII) do primeiro, segundo e terceiro termo aditivo ao contrato;

- notas de empenho (ou de anulação de empenho), notas fiscais com atesto de recebimento e ordens de pagamento, tendo em vista a divergência entre o valores de empenho (R$ 476.724,10), liquidação (R$ 476.720,95) e pagamento (R$ 476.720,95) da despesa efetivamente comprovados nos autos.

Além dos documentos ausentes, a então 1ª ICE constatou a intempestividade de publicação na imprensa oficial e de remessa a este Tribunal dos segundo e terceiro termos aditivos. Em relação ao contrato, verificou-se que a publicação na imprensa oficial foi tempestiva, mas a remessa a este Tribunal foi intempestiva.

Em virtude de tudo o que foi exposto, ao finalizar a Análise n. 16361/2016 (peça n. 19, fl. 782), a então 1ª ICE concluiu pela regularidade do Contrato Administrativo n. 2/2012 e pela irregularidade do procedimento licitatório, dos termos aditivos e da execução contratual.

Dando continuidade ao trâmite processual deste Tribunal, o Procurador do Ministério Público de Contas (MPC) manifestou-se sobre a matéria por meio do Parecer n. 19279/2017 (peça n. 20, fls. 784-788), no qual apontou que não houve indicação da existência de dotação orçamentária para a execução do objeto, tampouco comprovação da previsão da despesa no Plano Plurianual, tendo em vista que o contrato perdurou por três anos. Além disso, o *parquet* considerou que o objeto a ser licitado não foi especificado, pois do modo que se encontra é muito amplo, e que o serviço contratado não atendeu ao disposto na Lei Federal n. 12.232/2010.

Também consta no parecer do representante ministerial os seguintes apontamentos:

> *Cabe ressaltar se os serviços contratados visam atender o interesse público, ou seja, se a finalidade vai beneficiar o público local com a produção dos serviços publicitários ou se apenas denotou gasto desnecessário, haja vista, que os atos do legislativo já possuem mecanismos para tornar públicos, como as sessões públicas, jornais locais, imprensa oficial, portal eletrônico e etc.*
>
> *A publicidade promocional dentro da Administração Pública está insculpida no artigo 37, §1º da Constituição Federal, cabendo noticiar à coletividade os atos, programas, obras, serviços e campanhas de sua responsabilidade, com sentido de propagar e divulgar as ações governamentais.*

> *Este parquet entende que a finalidade de contratar serviços publicitários se restringe a divulgar os atos administrativos restritos e discricionários como: inauguração de escolas públicas, hospitais, comemorações de valores cívicos, audiências públicas para discussão de orçamentos e matérias de interesses públicos, obras ou campanhas de erradicação de doenças entre outros.*

Sobre as irregularidades apontadas pela 1ª ICE, o Procurador de Contas manifestou-se da seguinte maneira:

> *Conforme aduziu a ICE em análise conclusiva (ANA-16361/2016, pç. 19), o gestor deixou de apresentar a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e a adjudicação e homologação do certame.*
>
> *A Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas prevista no artigo 27, IV e artigo 29, V da Lei Federal n. 8.666/93, e a dita ausência é vício de irregularidade insanável, haja vista, da impossibilidade de se emitir o referido documento com data retroativa, e deveria ser apresentada no momento da habilitação da licitante e na formalização do instrumento contratual.*
>
> *Quanto aos termos aditivos celebrados, o gestor deixou de apresentar o comprovante de publicação em tempo hábil do 1º Termo aditivo, a justificativa para formalizar o 2º Termo aditivo, autorização de todos os termos aditivos formalizados (1º, 2º e 3º) e não encaminhou o Subanexo XVIII dos termos aditivos, em obediência a Lei Federal n. 8.666/93 e a IN TCE/MS n. 35/2011.*
>
> *Na fase de execução financeira, houve distorção na apresentação do valor contábil entre as notas de empenho emitidas com as NF de liquidação e suas respectivas ordens de pagamentos.*
>
> *Segundo a Planilha Financeira apresentada sobrou saldo de R$ 3,15 de empenho na qual não foi anulado ou comprovado a sua execução da despesa.*

Diante das considerações feitas, o representante do Ministério Público de Contas (MPC) opinou que se adote o seguinte julgamento:

> *I - Pela **irregularidade** e **ilegalidade** do Processo Licitatório, formalização do instrumento contratual, Termos aditivos e execução financeira do **Contrato administrativo nº 02/2012**, com fulcro nas disposições do artigo 59, III, da Lei Complementar nº 160/2012, c/c o art. 120, incisos II e III, do Regimento Interno, aprovado pela Resolução Normativa TC/MS 76/2012.*
>
> *II - pela aplicação de multa regimental ao Senhor Dalgomir Buraqui pelas irregularidades cometidas no procedimento licitatório que macularam todo o processo de contratação até a 3ª fase.*
>
> *III - Pela impugnação do valor total dos valores pagos em virtude das irregularidades na contratação e seus aditamentos, a ser responsabilizado ao gestor mencionado no item anterior, por descumprimento ao artigo 37, caput e §1º da Constituição Federal, em inobservância aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.*
>
> *IV - comunique o resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, nos termos do artigo 50 da Lei Complementar nº 160/2012.*

Encaminhados os autos ao Gabinete, verificou-se a necessidade de intimação do senhor Valter Petreli Branco, Presidente da Câmara Municipal entre 1/1/2013 e 31/12/2014, para prestar esclarecimentos, oferecer justificativas e apresentar

documentos com vistas a sanar irregularidades encontradas na celebração dos primeiro e segundo termos aditivos ao contrato. A intimação foi realizada por meio do Termo de Intimação n. 17716/2018 (peça n. 22, fl. 790). No entanto, o jurisdicionado não compareceu aos autos para apresentar resposta à intimação, conforme indicado no Despacho n. 37031/2018 (peça n. 25, fl. 793).

É o relatório.

DECISÃO

Examinando os documentos dos autos, verifico que, de fato, assiste razão à 1ª ICE e ao MPC no que diz respeito às seguintes irregularidades:

a) ausência dos atos de adjudicação e homologação do certame, não atendendo o que determina o Capítulo III, Seção I, 1, 1.1, 1.1.1, B, B.1, item 14, da Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 14 de dezembro de 2011 (vigente à época), e não comprovando, portanto, o cumprimento à regra do art. 38, VII, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

b) ausência da publicação do primeiro termo aditivo ao contrato, não atendendo o que determina o Capítulo III, Seção I, 1, 1.2, 1.2.2, B, item 3, da IN TC/MS n. 35/2011, e não comprovando, portanto, o cumprimento à regra do art. 61, parágrafo único, da Lei (federal) n. 8.666/1993;

c) ausência de justificativa para celebração do segundo termo aditivo ao contrato, não atendendo o que determina o Capítulo III, Seção I, 1, 1.2, 1.2.2, B, item 2, da IN TC/MS n. 35/2011, e não comprovando, portanto, o cumprimento à regra do art. 65, *caput*, da Lei (federal) n. 8.666/1993.

A 1ª ICE e o MPC apontaram ainda algumas falhas que não elenquei na relação acima, pois considero serem falhas de menor gravidade, razão pela qual não incluo como irregularidades ensejadoras de multa ao gestor. Essas falhas são as relativas à publicação intempestiva na imprensa oficial dos extratos do segundo e terceiro termos aditivos ao contrato (porém, ainda em tempo hábil para dar a devida publicidade aos aditamentos), bem como a ausência de identificação da unidade gestora (Subanexo XVIII) quando do envio dos termos aditivos.

Já no que diz respeito à Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), diferentemente do apontado pela 1ª ICE e pelo MPC, não considero que o gestor incorreu em irregularidade ao não exigi-la no edital e, consequentemente, não enviá-la a este Tribunal, uma vez que o edital do certame em julgamento é anterior à lei que institui a CNDT, conforme se demonstra abaixo:

- Edital Tomada de Preços n. 2/2011, de **9 de junho de 2011** (peça n. 11, fl. 72), tendo o aviso de licitação sido publicado na imprensa oficial em **10 de junho de 2011** (peça n. 11, fl. 99);

- Lei (federal) n. 12.440, de **7 de julho de 2011**: *Acrescenta Título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de*

1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Quanto ao documento comprovando a autorização para celebração dos termos aditivos, entendo que não é necessário exigi-lo no caso em tela, uma vez que tais termos foram assinados pelo Presidente da Câmara, ou seja, foram assinados pela própria autoridade competente para autorização da celebração dos aditivos.

Sobre a falta de comprovação de inclusão da despesa no Plano Plurianual, esta não é necessária, pois a prorrogação do contrato ocorreu tendo como fundamento o art. 57, II, da Lei n. 8.666/1993. A inclusão da despesa no PPA visando à prorrogação contratual, vale destacar, é observada nos casos previstos no art. 57, I, da Lei de Licitações, conforme transcreve-se a seguir:

> *Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:*
>
> *I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;*
>
> *II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;*
>
> *(...)*

Acerca da alegação do *parquet* de que o objeto licitado não foi especificado de maneira satisfatória, entendo que tal alegação não considera as particularidades presentes nas licitações de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. Dentre essas particularidades, a de maior relevo é que, em regra, não é possível prever todas as campanhas publicitárias que serão realizadas no decorrer do contrato. O objeto da licitação, por consequência, faz referência a serviços relacionados à atividade publicitária, previstas na Lei Federal n. 12.232/2010, que podem vir a ser desempenhados pela agência de propaganda para atender aos interesses do ente público contratante. Para melhor esclarecer esse ponto, reproduzo trecho de manual[1] elaborado pela Associação Brasileira de Agências de Publicidade, que explica de forma bem resumida essa questão:

> *(...) o OBJETO da licitação, como regra, não é o de criação, produção e divulgação de uma determinada campanha ´para atender um dos diversos problemas sociais.*
>
> *O OBJETO DA LICITAÇÃO é a permanente, contínua e necessária prestação de serviços destinados à publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, sempre com caráter educativo, informativo e de orientação social.*

[1] Disponível em http://www.abapnacional.com.br/pdfs/publicacoes/licitacoes-publicas.pdf (Acesso em 3.5.2018)

Nesse sentido, acrescento também fragmentos do Acórdão TCU3233/2010 – Plenário:

> *70. Mas mesmo com o máximo de adaptação, é de se perguntar como que na licitação será possível prever todas as ações publicitárias que irão se desenvolver dentro de um contrato, para traçar-lhes o projeto básico e conhecer os custos de cada material e serviço que comporão a produção.*
>
> *71. O contrato de publicidade não tem similar, e um dos motivos disto está na imprevisibilidade do que será necessário fazer. Ao mesmo tempo, abrange um serviço a ser executado de forma contínua, o que pode estender a sua duração para até 60 ou 72 meses. Como saber quais ações publicitárias serão requeridas daqui a três anos, por exemplo?*
>
> *(...)*
>
> *88. (...) a licitação para contratação de serviços de publicidade mostra-se singular, na medida em que, não apenas lhe é inata a inimaginabilidade dos conteúdos das peças, mas também nela os licitantes podem tranqüilamente montar suas propostas sem conhecê-los, porquanto os preços são cotados em percentuais incidentes sobre o custo.*
>
> *89. Por aí se vê que o regime de administração contratada entabulado na Lei nº 4.680/65, a despeito de toda a censura de que é alvo – e não sem razão –, fecha perfeitamente com a contratação de serviços de publicidade, que é tão especial. Se fosse eliminada a possibilidade de cobrança por meio de percentuais, e os licitantes tivessem que formular as suas propostas em termos de quantias para produção e veiculação, a única forma de licitar tais serviços, diante da sua imprevisibilidade a médio e longo prazos, seria campanha por campanha publicitária, o que faria impraticável a comunicação governamental.*
>
> *90. Quero insistir em duas coisas, para que fiquem bem claras. A primeira é que o projeto básico e o orçamento para cada peça publicitária, almejados pelo Acórdão nº 2.062/2006-Plenário, são componentes com toda certeza imprescindíveis para a realização da despesa pública. Somente não acho que tenham que estar prontos para os fins da licitação. Antes da produção da peça, o **briefing** é instrumento suficiente para o delineamento e a orçamentação do trabalho.*

Dessa forma, verifica-se que o jurisdicionado delimitou o objeto de acordo com a legislação pertinente, atentando-se também para a elaboração do *briefing* (peça n. 11, fl. 73), documento necessário para a formulação de propostas pelas empresas licitantes.

No que se refere à execução contratual, houve uma diferença de R$ 3,15 (três reais e quinze centavos) entre o valor empenhado e o valor liquidado e pago, conforme se demonstra abaixo:

VALOR TOTAL DAS NOTAS DE EMPENHO (NE)	R$ 495.002,60
VALOR TOTAL DAS NOTAS DE ANULAÇÃO DE EMPENHO (ANE)	R$ 18.278,50
VALOR TOTAL EMPENHADO (NE – ANE)	R$ 476.724,10
DESPESA LIQUIDADA (NF)	R$ 476.720,95
PAGAMENTO EFETUADO (OB/OP)	R$ 476.720,95

No entanto, diante do valor diminuto que a diferença de R$ 3,15 representa em relação ao valor global do contrato (R$ 540.000,00) e tendo em vista os

princípios da razoabilidade e da insignificância (princípio da bagatela), entendo que a execução orçamentária da contratação pode ser declarada regular.

Tudo considerado, voto 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) da licitação, realizada pela Câmara Municipal de Ivinhema por meio da Tomada de Preços n. 2/2011, em virtude da ausência dos atos de adjudicação e homologação do certame, não atendendo o que determina o Capítulo III, Seção I, 1, 1.1, 1.1.1, B, B.1, item 14, da Instrução Normativa TC/MS n. 35, de 14 de dezembro de 2011 (vigente à época), e não comprovando, portanto, o cumprimento à regra do art. 38, VII, da Lei (federal) n. 8.666, de 21 de junho de 1993;

b) do primeiro termo aditivo ao Contrato Administrativo n. 2/2012, celebrado entre a Câmara Municipal de Ivinhema e a empresa Pajax Publicidade e Propaganda Ltda. – ME, em virtude da ausência da cópia da publicação de seu extrato na imprensa oficial, não atendendo o que determina o Capítulo III, Seção I, 1, 1.2, 1.2.2, B, item 3, da IN TC/MS n. 35/2011 e não comprovando, portanto, o cumprimento à regra do art. 61, parágrafo único, da Lei (federal) n. 8.666/1993;

c) do segundo termo aditivo ao Contrato Administrativo n. 2/2012, em virtude da ausência de justificativa para sua celebração, não atendendo o que determina o Capítulo III, Seção I, 1, 1.2, 1.2.2, B, item 2, da IN TC/MS n. 35/2011 e não comprovando, portanto, o cumprimento à regra do art. 65, *caput*, da Lei (federal) n. 8.666/1993;

II – **declarar**, com fundamento na regra do art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, a **regularidade**:

a) do Contrato Administrativo n. 2/2012, celebrado entre a Câmara Municipal de Ivinhema e a empresa Pajax Publicidade e Propaganda Ltda. – ME;

b) do terceiro termo aditivo ao Contrato Administrativo n. 2/2012;

c) da execução do Contrato Administrativo n. 2/2012;

III – **aplicar multa** no valor equivalente a 50 (cinquenta) UFERMS ao senhor Dalgomir Buraqui, CPF 465.914.861-00, Presidente da Câmara Municipal de Ivinhema na época dos fatos, pela infração decorrente das irregularidades descritas no inciso I, ***"a"*** e ***"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;

IV – **aplicar multa** no valor equivalente a 20 (vinte) UFERMS ao senhor Valter Petreli Branco, CPF 294.762.591-91, Presidente da Câmara Municipal de Ivinhema na época dos fatos, pela infração decorrente da irregularidade descrita no inciso I, ***"c"***, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, *caput* e IX, 44, I, e 45, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012;

V – **fixar o prazo** de 45 (quarenta) dias úteis, contados da data da intimação, para os apenados pagarem o valor das multas que lhe foram infligidas e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas-FUNTC, em conformidade com as disposições dos arts. 50, II, 54 e 83, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2012, e dos arts. 99, parágrafo único, 185, § 1º, I e II, 203, XII, "a", e 210 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS, n. 98, de 5 de dezembro de 2018).

É a decisão.

Campo Grande/MS, 14 de junho de 2021.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

RT