ACÓRDÃO - AC00 - 785/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/5986/2014/001
PROTOCOLO	: 1945321
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIO BRILHANTE
RECORRENTE	: DONATO LOPES DA SILVA
ADVOGADOS	: BRUNO ROCHA SILVA – OAB/MS 18.848; ANTONIO DELFINO PEREIRA NETO – OAB/MS 10.094.
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – TERMOS ADITIVOS E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA CONTRATUAL – PRORROGAÇÕES CONTRATUAIS – AUMENTO DO VALOR CONTRATADO – EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DO VALOR DE CONTRATAÇÃO PERMITIDO PELA MODALIDADE CONVITE – IRREGULARIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA – PRINCÍPIO DA ANUALIDADE ORÇAMENTÁRIA – RAZÕES INSUFICIENTES – NÃO PROVIMENTO.

1. Atingido o valor limite da modalidade licitatória, convite ou tomada de preços, pela contratação, não é admitida outra prorrogação do prazo de vigência contratual que o extrapole. Não existe nenhuma relação entre o princípio da anualidade orçamentária, alegado pelo recorrente, e a escolha da modalidade licitatória.

2. Confirmada a irregularidade do segundo ao quarto termo aditivo e da execução contratual, uma vez que as prorrogações contratuais levaram à extrapolação do limite do valor de contratação permitido pela modalidade convite (escolhida pelo gestor para a contratação), configurando descumprimento ao art. 23, II, “a”, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, deve ser mantido o julgado pelos próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 14ª Sessão Ordinária Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 14 a 17 de junho de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em **conhecer e negar provimento** do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. **Donato Lopes da Silva**, Prefeito do Município de Rio Brilhante, mantendo-se, assim, inalterado o **Acórdão AC02 - 625/2018.**

Campo Grande, 17 de junho de 2021.

Conselheiro **Flávio Kayatt** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Flávio Kayatt – Relator

A matéria destes autos refere-se ao recurso ordinário interposto pelo senhor Donato Lopes da Silva, Prefeito do Município de Rio Brilhante.

O recurso, devidamente recebido pela Presidência (peça 3, fl. 15), compreende a insurgência do recorrente contra os efeitos do Acórdão AC02 - 625/2018 (peça 18, fls. 435-440, TC/5986/2014), com o seguinte teor da parte dispositiva:

> ***ACÓRDÃO***
>
> *Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 28ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara, de 21 de novembro de 2017, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em declarar* ***a regularidade*** *do procedimento licitatório na modalidade Convite n. 14/2009, a formalização do Contrato Administrativo n. 44/2009 e o Termo Aditivo n. 1 e a* ***irregularidade*** *do Termo Aditivo n. 2, n. 3 e n. 4 e da Execução Financeira do contrato celebrado entre o Município de Rio Brilhante/MS e a empresa Cyber Tec Equipamentos de Informática Ltda., ensejando a aplicação de* ***multa*** *no valor de 200 (duzentas) UFERMS ao Sr. Donato Lopes da Silva, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que o responsável acima nominado efetue o recolhimento da multa ao FUNTC, mediante comprovação de pagamento nos autos, sob pena de cobrança executiva judicial.*

Inconformado com a declaração de irregularidade do segundo ao quarto termo aditivo e da execução contratual – em razão de as prorrogações contratuais terem acarretado o aumento do valor contratual de forma a ultrapassar o valor permitido na modalidade de licitação utilizada (convite) –, o recorrente pleiteia o recebimento e processamento do seu recurso, visando:

> *"(...) [à] reforma da decisão, culminando na declaração de regularidade e legalidade dos Termos Aditivos n. 2, n. 3, e n. 4 (3ª fase) e da execução financeira do Contrato Administrativo n. 14/2009, bem como para* ***EXCLUIR toda a penalidade de multa imposta na*** *Deliberação AC02 - 625/2018, do processo TC/5986/2014".* (peça 1, fls. 10-11, grifos conforme original)

Em síntese, o recorrente alega que, em virtude do princípio da anualidade orçamentária, não haveria qualquer irregularidade na prestação de contas objeto do Acórdão AC02 - 625/2018, pois as prorrogações contratuais ocorreram em exercícios financeiros subsequentes. Acrescenta que:

> *(...)* ***a escolha da modalidade de licitação é uma fase pré-contratual****. Após a contratação, não há de se falar em alteração da modalidade, tampouco alegar o desrespeito à legislação, pois* ***não há determinação legal*** *proibindo que a administração realize prorrogações contratuais, mesmo que o novo valor ultrapasse o limite estabelecido para licitação na modalidade convite.*

> *Há de se observar que a alteração contratual ocorreu na execução do contrato, quando a fase de licitação já tinha se findado, tornando-se impossível a alteração da modalidade de licitação.* (peça1, fls. 5-6, grifos conforme original)

Em sua defesa, argumenta ainda que o legislador, ao tratar dos limites às alterações contratuais, não estabeleceu qualquer vínculo com os limites às modalidades de licitação pública. Assim, segundo o recorrente:

> *(...) os limites referentes às alterações e os limites referentes às modalidades são totalmente distintos, não havendo qualquer correlação legal. Não cabe ao intérprete criar tal correlação.* (peça 1, fl. 7)

A fim de reforçar a tese acima, cita julgados deste Tribunal e do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso que corroborariam a possibilidade de as prorrogações contratuais não observarem o limite de valor contratual decorrente da modalidade de licitação que originou a contratação. Além disso, afirma também que, de acordo com o entendimento de Marçal Justen Filho, o interesse público deve prevalecer, não sendo cabível impedir (ou declarar irregular e ilegal) a alteração do contrato sob o argumento de que o valor final ultrapassa a modalidade licitatória utilizada.

De acordo com os analistas da Divisão de Fiscalização de Educação (DFE), o recorrente não apresentou documentos probatórios ou argumentos substanciais suficientes para afastar a irregularidade relativa à extrapolação do limite do valor legal permitido na modalidade convite (Análise ANA - DFE - 5050/2019, peça 6, fls. 18-22). Esse também foi o entendimento do Procurador de Contas, que, por meio do Parecer PAR - 3ª PRC - 8080/2020 (peça 7, fls. 25-26), opinou que este Tribunal adote o seguinte julgamento:

> *1 – pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Donato Lopes da Silva, ex-Prefeito Municipal de Rio Brilhante/MS para manter o v. Acórdão nº 625/2017, integralmente;*
>
> *2 – pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados, na forma regimental.*

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 da matéria em exame, entendo que as teses levantadas pelo recorrente não se sustentam, devendo a decisão recorrida permanecer inalterada, conforme se demonstra a seguir.

O recorrente tenta se valer do princípio da anualidade orçamentária para defender a tese de que as prorrogações não levaram à extrapolação do valor máximo permitido na modalidade convite. No entanto, não existe nenhuma relação entre o princípio da anualidade orçamentária e a escolha da modalidade licitatória. O estabelecimento de valores máximos de contratação para algumas modalidades de licitação busca propiciar mais competitividade para compras de maior vulto. E, no caso de prestação de serviços contínuos, é importante frisar que as prorrogações podem elevar o valor da contratação em até cinco vezes. Essa possível diferença no valor da contratação pode interferir sobremaneira no interesse das empresas em participar da licitação, bem como na formulação de propostas de preço, afinal, quanto maior o valor da contratação, mais disposta estará a empresa em reduzir sua margem de lucro.

Assim, não cabe afirmar, como pretende o recorrente, que a escolha da modalidade de licitação seria uma fase pré-contratual e, por isso, não traria qualquer consequência aos ajustes contratuais. Aqui cabem, inclusive, algumas considerações importantes. O embasamento doutrinário em que o recorrente fundamentou seu recurso não se aplica ao caso dos autos. De fato, Marçal Justen Filho reconhece a legalidade de algumas modificações contratuais que levam à superação do limite da modalidade de licitação praticada. No entanto, de acordo com o autor, essas situações devem ser enfrentadas segundo os princípios da República e da isonomia e a teoria do desvio de finalidade. Tendo isso em vista, ele afirma que:

> ***Não se admitirá a modificação, porém, quando previsível de antemão.*** *Se a Administração sabia que a modificação poderia vir a ocorrer e adotou a modalidade mais restrita e depois pretender prevalecer-se da faculdade de elevar quantitativos e valores, caracteriza-se desvio de finalidade. Haverá defeito na atuação administrativa e deverá reprovar-se a pretensão de elevação dos quantitativos. A situação, então, será semelhante à do fracionamento do objeto, aplicando-se solução similar para ambos os casos.* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pág. 436. Grifos adicionados.)

E, em conformidade com o disposto acima, Marçal Justen Filho expõe o seguinte em outros trechos da obra:

> *Outra questão que desperta dúvida envolve os contratos de duração continuada, que comportam prorrogação. A hipótese se relaciona com o disposto no art. 57, II. Suponha-se previsão de contrato por doze meses, prorrogáveis por 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 pre-*

> *visto para a modalidade. Em tais situações, parece que a melhor alternativa é adotar a modalidade compatível com o valor correspondente ao prazo máximo possível de vigência do contrato. Ou seja, adota-se a modalidade adequada ao valor de 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. A modalidade de licitação deriva da possibilidade de prorrogação.* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pág. 436.)
>
> *(...) a modalidade cabível de licitação é determinada a partir do valor total previsível das contratações sucessivas. (...) Reputa-se que a perspectiva antevista da vigência do contrato por um período de tempo superior ao inicialmente pactuado impõe a adoção de modalidade de licitação compatível com o somatório dos valores dos períodos máximos admitidos. Então, deverá produzir-se a soma dos valores de 60 meses para determinar a modalidade cabível, ainda que a licitação tenha por objeto contratação por período inicial inferior.* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. rev., atual. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. pág. 1116.)

Esse é também o entendimento de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

> *Chega-se ao valor estimado do objeto pelo cálculo de sua totalidade, prazo de execução e custo, apurado segundo ampla pesquisa de mercado.*
>
> *Veja-se o que dispõe o art. 8º. da Lei n. 8.666/93 a respeito dos custos estimados de obras e serviços: 'A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.'*
>
> *Ao estimar o valor de um serviço de natureza contínua, a administração levará em consideração, para o efeito de calcular a sua totalidade, o período inicial da vigência e as possíveis prorrogações até o limite de sessenta meses (art. 57, II, da Lei n. 8.666/93).*
>
> *(...)*
>
> ***Alcançado o valor limite da modalidade licitatória, convite ou tomada de preços, não é admitida outra prorrogação do prazo de vigência contratual que o extrapole**. Se a modalidade licitatória é definida em conformidade com o valor estimado do objeto, computando-se as possíveis prorrogações, o prazo de vigência contratual limita-se a esse valor.* (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pág. 571-572. Grifos adicionados.)

Por fim, cumpre acrescentar que o entendimento aqui defendido está em consonância com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Contas da União, conforme se verifica nas decisões transcritas a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CARTA CONVITE. ART. 57 DA LEI Nº 8.666/93. PRORROGAÇÃO DE CONTRATO. VALOR A SER CONSIDERADO PARA A ELEIÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA.

1. Tratando-se de prorrogação de contrato, não se pode exigir da Administração Pública que busque nova oferta de valores no mercado.

2. O valor a ser considerado para fins de eleição da modalidade licitatória a ser adotada pela Administração Pública, nas hipóteses de possibilidade de prorrogação de contrato (art. 57) é o somatório dos valores correspondentes ao prazo máximo de vigência de contrato.

RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (TJ/RS. Apelação Remessa Necessária. Nº 70079133856 (Nº CNJ: 0278597-62.2018.8.21.7000) 2018/Cível)

PRESTAÇÃO DE CONTAS SIMPLIFICADA - EXERCÍCIO DE 2006. SESC/MG. REGULARIDADE COM RESSALVAS. DETERMINAÇÕES. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NÃO PROVIMENTO. - É obrigatória a comprovação da regularidade fiscal das empresas contratadas pela Administração, seja em virtude de regular processo licitatório, seja em razão de dispensa ou inexigibilidade de licitação, na forma da lei.

(...)

Quanto à determinação de que sejam consideradas eventuais prorrogações para definição da modalidade licitatória, entendo que sua expedição visa garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, em observância do princípio da economicidade. Isso porque a adoção de modalidade de licitação menos ampla implica menor competitividade, haja vista sua divulgação e alcance inferiores.

(...)

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em Contratação direta sem licitação *(Brasília: Brasília Jurídica, 1997, p. 85), também comenta o assunto:*

"Foi demonstrado que a licitação é um procedimento prévio à realização de despesa, motivo pelo qual, para se evitar o fracionamento da mesa, é obrigatório considerar o consumo ou uso do objeto, ou contratação do serviço, no exercício financeiro. No caso, porém, de contratos cuja execução é prevista para ultrapassar o exercício financeiro deverá ser considerado o tempo estimado e o correspondente ao valor total a ser despendido, para fins de enquadramento na tabela de valores constante do art. 23, da Lei de Licitações."

Registro que idêntico entendimento foi adotado por ocasião da prolação dos Acórdãos 1.482/2005, da 2ª Câmara, e 1.725/2003, 1.862/2003, 2.753/2005, 2.372/2007, todos da 1ª Câmara). Acórdão n. 943/2010 (TCU – Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues)

DISPOSITIVO

Dessa forma, conforme o que foi aqui exposto, entendo que não assiste razão ao recorrente, uma vez que as prorrogações contratuais levaram à extrapolação do limite do valor de contratação permitido pela modalidade convite (escolhida pelo gestor para a contratação), configurando descumprimento ao art. 23, II, “a”, da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Diante disso, acompanhando o entendimento da equipe técnica do Procurador de Contas, voto pelo **conhecimento** e **não provimento** do recurso interposto pelo senhor Donato Lopes da Silva, Prefeito do Município de Rio Brilhante, mantendo-se, assim, inalterado o Acórdão AC02 - 625/2018.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e negar provimento ao recurso ordinário.

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, 17 de junho de 2021.

Conselheiro **FLÁVIO KAYATT**
Relator

MSS/DSM