DELIBERAÇÃO AC00 - G.RC - 74/2016

PROCESSO TC/MS	: TC/96805/2011/001
PROTOCOLO	: 1466395
ÓRGÃO	: MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS/MS
RESPONSÁVEL	: MÁRCIA MARIA SOUZA COSTA MOURA DE PAULA
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
RELATOR	: RONALDO CHADID

I - EMENTA:

RECURSO ORDINÁRIO. CONHECIMENTO. DESPROVIMENTO. APROVADO POR UNANIMIDADE.

A documentação apresentada pelo Recorrente juntamente com a exordial não sanou as irregularidades constantes do processo originário que ensejou a Decisão Simples nº 494/2013, mantendo-a em sua integralidade.

II - RELATÓRIO:

Trata-se de processo eletrônico que julgou o **Recurso Ordinário** interposto por *Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula,* Ordenadora de Despesas e Prefeita do Município de Três Lagoas/MS, em face da *Decisão Simples nº 494/2013* que declarou a irregularidade e ilegalidade da formalização do 1º Termo Aditivo ao Contrato nº 391/2011 e de sua execução financeira, aplicando multa no valor correspondente a 50 (cinquenta) UFERMS por grave infração à norma legal.

O *decisum* ora combatido é o proferido na 21ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul no processo TC/MS nº 96805/2011, que por unanimidade de votos, nos termos do Relatório e Voto da Conselheira Relatora decidiu:

> 1 – declarar irregular e ilegal a execução financeira do Contrato Administrativo n. 391/2011, com fulcro no artigo 311, inciso II, c/c o artigo 312, inciso II, segunda parte, ambos do Regimento Interno do TC/MS;
>
> 2 – declarar irregular e ilegal a formalização do Primeiro Termo Aditivo ao contrato, forte no artigo 311, inciso II, c/c o artigo 312, inciso II, segunda parte, também do Regimento Interno do TC/MS;

> 3 – aplicar multa regimental no valor correspondente a 50(cinquenta) UFERMS a Senhora Marcia Maria Souza da Costa Moura de Paula, Ordenadora de Despesas e responsável pela contratação em tela, por grave infração à norma legal, com fincas no artigo 197, inciso II, do Regimento Interno c/c o artigo 53, inciso II, da Lei Complementar n. 048/90;
>
> 4 – conceder o prazo de 60 (sessenta) dias para que comprove o recolhimento da multa imposta ao Fundo Especial de Desenvolvimento, Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul –FUNTC (art. 157 c/c art. 212, §1º, do Regimento Interno do TC/MS), sob pena de execução;
>
> 5 – comunicar o resultado do julgamento às autoridades administrativas competentes, com base no artigo 50 da Lei Complementar n. 160/2012.

O Conselheiro Presidente desta Corte de Contas procedeu ao juízo de admissibilidade de que trata o art. 150, incisos II e V, "*a*", do Regimento Interno desta Corte de Contas, considerou o recurso tempestivo e cabível, determinado sua distribuição a esta Relatoria, conforme consta no despacho proferido em 8 de julho de 2014, acostado à folha nº 8.

O ilustre Representante do Ministério Público de Contas emitiu parecer opinando pelo provimento do Recurso Ordinário em apreço, no sentido de reformar a DS02-SECSES-494/2013, declarando regular e legal a execução financeira do contrato em tela, bem como da formalização de seu 1º Termo Aditivo, isentando-se a Recorrente da multa aplicada no item 3 do *decisum* (Parecer nº 14244/2015).

III - VOTO:

Relator: Conselheiro Ronaldo Chadid

A exordial visa combater a decisão proferida pela 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul nº 494/2013, exarada no processo TC/MS 96805/2011, publicada em 4 de outubro de 2013, na página 7 do Diário Oficial Eletrônico TCE/MS nº 762.

O comprovante de recebimento (AR) da intimação que levou o teor da decisão recorrida ao conhecimento da Ordenadora de Despesas foi recebido na Unidade Gestora em 1º de novembro de 2013, conforme consta à folha 341 do

TC/MS 96805/2011, que julgou a execução financeira da contratação realizada pelo Município de Três Lagoas, objeto do recurso ora analisado.

Considerando que o prazo para interposição do presente Recurso é de 60 (sessenta) dias, contados da ciência da decisão; o teor do art. 88, § 2º, do Regimento Interno - que considera a data da postagem no correio para efeitos de cumprimento de prazo -; e que e que o presente recurso foi postado em 20 de dezembro de 2013 (f. 7); vislumbro, portanto, ser cabível, adequado e tempestivo, nos termos do artigo 69 da Lei Complementar nº 160/12 e artigo 151, inciso II, alínea "*a*", do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela RN/TCE/MS nº 76/13.

Do mesmo modo, quanto aos pressupostos subjetivos, atesto a admissibilidade, visto que foi interposto por escrito perante o Presidente deste Tribunal de Contas, por parte legítima, qual seja, Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula.

Presentes, então, os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso em epígrafe deve ser conhecido.

Passo à análise do mérito.

Trata-se de recurso interposto para reformar a decisão que declarou a irregularidade da formalização do 1º Termo Aditivo e da execução financeira do Contrato nº 391/2011, decorrente do procedimento licitatório deflagrado na modalidade *convite*.

A referida contratação foi celebrada entre o Município de Três Lagoas/MS e a empresa Leandro Tebet Thomé-EPP, cujo objeto é à aquisição de gêneros alimentícios para atender o Abrigo Poço de Jacó, Casa Acolhedora e Programa Pelotão Mirim, no valor de R$ 77.846,72 (setenta e sete mil e oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e dois centavos). O 1º aditivo se refere ao acréscimo de R$ 19.345,67 (dezenove mil e trezentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), correspondente a 24,85% do valor contratado.

A i. Conselheira Relatora do processo originário (TC 96805/2011) na exposição de motivos do Relatório e Voto nº 682/2013, acolhido integralmente pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, entendeu que o aditamento ao contrato supracitado ultrapassou o limite da modalidade licitatória adotada pela Gestora-Recorrente, haja vista que o art. 23, inciso II, "*a*", da Lei 8.666/93 delimita o

valor para compras e serviços na monta de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e o valor do Contrato nº 391/2011, após o aditamento, passou a ser de R$ 97.192,39 (noventa e sete mil e cento e noventa e dois reais e trinta e nove centavos).

O cerne da questão se baseia na natureza do objeto do contratado (aquisição de gêneros alimentícios) e na modalidade adotada para tal aquisição.

Não há dúvidas quanto à possibilidade de prorrogação do contrato, bem como o acréscimo de valores, desde que se encaixem nas hipóteses elencadas nos arts. 57 e 65, da Lei de Licitações e Contratações Públicas.

Nas razões recursais a Ordenadora de Despesas aduziu que os serviços a serem executados de forma contínua podem ser prorrogados por até 60 (sessenta meses), devendo ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente, e por também considerar que à aquisição de gêneros alimentícios se trata de serviço de natureza contínua, aditou o contrato nos moldes do art. 57, inciso II, da Lei 8.666/93.

Com a devida *vênia*, discordo com o entendimento da Gestora-Recorrente, pelas razões abaixo.

Primeiro ponto: natureza do objeto do contrato - aquisição de gêneros alimentícios.

Parece-me que a Ordenadora de Despesas se equivocou quanto à natureza da aquisição efetuada, classificando-a como serviço, quando na verdade se trata de compra/fornecimento.

No contrato de serviço a Administração objetiva a obtenção da prestação de um serviço para atendimento de suas necessidades, podemos dizer então que são todas as atividades contratadas que objetivem manter e operar os bens da administração, tais como: consertos, montagens, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção e incluindo-se também demolições, os serviços de transportes e locação de bens, publicidade, seguro, e os trabalhos técnico-profissionais, etc.

Já no contrato de compra/fornecimento o objetivo da Administração é à aquisição de bens móveis para realizar serviços de diversas naturezas, por exemplo: materiais de escritório, de limpeza, alimentos, etc. Podemos dizer que

se trata de instrumento, pelo qual a Administração adquire definitivamente o domínio de determinado bem. Esta aquisição pode ser integral (são entregues em uma única parcela), parcelada (são entregues parceladamente) e contínua (são entregues de forma frequente, durante a vigência do contrato).

Marçal Justen Filho[1] elucida essa diferença a questão de forma didática:

> Existe serviço quando a prestação do serviço consiste em obrigação de fazer. Já a compra envolve a prestação versando sobre a obrigação de dar. A distinção se faz em função da prestação principal, que dá núcleo e identidade à prestação. É perfeitamente possível, porém, avençar obrigações acessórias de natureza distintas da principal, sem que isso afete a natureza da contratação. Assim, uma obrigação de dar (principal) pode ser acompanhada de uma de fazer (acessória) e vice-versa. Como exemplo, uma compra pode ser acompanhada do dever de entregar em determinado local o bem vendido. O transporte da coisa vendida é obrigação de fazer, de natureza acessória. Sua existência não transforma a compra em serviço. Deve apurar-se o fim visado pelas partes, e é óbvio que a Administração não realizou o contrato buscando obter prestação de transportar. O fim que motivou a contratação foi à aquisição do domínio sobre o produto. Não há possibilidade de mascarar contratos de compra em prestação de serviço. De nada serve adicionar a transferência de domínio do bem em favor da Administração (objetivo fundamental das partes) alguma prestação de fazer. Se o núcleo do contrato for uma prestação de dar, não se aplica o regime do art. 57, II, da Lei 8.666/93.

Serviços são aqueles necessários à administração para o desempenho de suas atribuições, cuja interrupção possa comprometer a continuidade de suas atividades e cuja contratação deva estender-se por mais de um exercício financeiro, pelo que não creio ser o caso do Contrato nº 391/2011.

Acerca do tema em apreço Jessé Torres Pereira Júnior enfatiza que serviço de natureza contínua é "*aquele cuja falta paralisa ou retarda o serviço,*

[1] Comentários a Lei de Licitações e Contratos, 13ª ed., Dialética. São Paulo: 2009

de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal.[2]"

Tal entendimento foi reiterado pela Corte Federal de Contas: "*prorrogações não observaram que o objeto do contrato (fornecimento de bens de consumo) não admitia a realização de prorrogações sucessivas com base no inciso II do art. 57 da Lei 8.666, de 1993*[3]".

Pelo exposto, entendo que o objeto do contrato se trata de compra e não de prestação contínua de serviço. Dessa maneira, não cabe aqui a prorrogação de que trata o art. 57, inciso II, da Lei de Licitações e Contratações Públicas.

Segundo ponto: modalidade adota para tal aquisição.

A modalidade licitatória é determinada pelo valor estimado do contrato a ser celebrado com o vencedor da licitação. Estimado o montante, mediante o cálculo da média aritmética dos valores obtidos na pesquisa de mercado, enquadra-se numa das classes da tabela de valores dos incisos I ou II do art. 23 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, que circunscrevem as diversas modalidades licitatórias, conforme sejam obras e serviços de engenharia ou compras e outros serviços.

O convite é a modalidade licitatória cabível perante relações que envolverão valores mais baixos, é o procedimento mais simplificado dentre as modalidades comuns de licitação, seu valor máximo para compras e serviços está definido no art. 23, inciso II, "*a*", da Lei 8.666/93, qual seja, R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

A Gestora do Município de Três Lagoas/MS, ora Recorrente, adotou tal modalidade para aquisição de gêneros alimentícios, celebrando o Contrato de nº 391/2011 com a empresa Leandro Tebet Thomé, no valor de R$ 77.846,72 (setenta e sete mil e oitocentos e quarenta e seis reais e setenta e dois centavos) e o aditou acrescentando o montante de R$ 19.345,67 (dezenove mil e trezentos e quarenta e cinco reais e sessenta e sete centavos).

Embora a Ordenadora de Despesa tenha observado a disposição do art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93 aditando em 24,85% do valor inicialmente

[2] Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, 1997, p. 395.
[3] Acórdão n° 3891/2011 – Segunda Câmara, onde o Ministro Relator Aroldo Cedraz.

contratado, não se atentou para o limite máximo da modalidade por ela adotada.

É assunto sem controvérsia na doutrina e na jurisprudência a impossibilidade de alteração do valor contratado acima do limite estabelecido no art. 23, inciso II, "*a*", da Lei de Licitações e Contratações Públicas, pois as modalidades de licitações relacionam-se com o valor estimado do contrato. Daí é de fundamental importância, saber de antemão a modalidade adotada, com o intuito de prever possíveis aditamentos, para que não venha a ser afrontada a Lei nº 8.666/93. Deduz-se então, que cada valor contratual deverá estar de antemão, adequado à modalidade prescrita, sob pena de ser caracterizado burla a legislação. Nesse sentido, uso para testificar o entendimento sedimentado do Tribunal de Contas da União:

> EMENTA: ALERTA À ELETROBRÁS QUANTO À ADOÇÃO DE MODALIDADE LICITATÓRIA INADEQUADA AO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO, BASEANDO-SE TÃO SOMENTE NO MENOR VALOR OBTIDO EM PESQUISA DE PREÇOS, O QUE CONFIGURA DESCUMPRIMENTO AO ART. 23 DA LEI Nº 8.666/1993. [4]
>
> EMENTA: DETERMINAÇÃO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE PARA QUE SE ABSTENHA DE PRORROGAR CONTRATOS DE SERVIÇOS DE NATUREZA CONTINUADA COM BASE NO INC. II DO ART. 57 DA LEI Nº 8.666/1993, QUANDO O VALOR LIMITE DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO QUE DEU ORIGEM AO CONTRATO TENHA SIDO EXTRAPOLADO[5].

Efetivamente, duas irregularidades são apontadas no Contrato nº 391/2011. A primeira já relatada, e a segunda, que a meu ver é mais grave, reside no fato da licitação que deu origem à contratação em comento, na modalidade convite, não suportou o acréscimo formalizado por meio do 1º Termo Aditivo. Não pairam dúvidas no sentido de que a modalidade de licitação deve ser escolhida segundo a estimativa do valor do contrato pelo seu prazo final pretendido. Dessa forma, para um contrato que tenha o seu prazo inicial de 12 (doze) meses, mas o interesse da administração é a manutenção daqueles serviços por um período de até 60 (sessenta) meses (art. 57, II, da Lei nº

[4] TC-028.440/2010-2, Acórdão nº 860/2011-1ª Câmara TCU.

[5] TC-021.240/2008-4, Acórdão nº 235/2010-2ª Câmara TCU.

8.666/93), a licitação deverá se conformar ao valor da modalidade para os 60 meses. A esse respeito, as razões de justificativa são insuficientes para elidir as irregularidades[6].

Ademais, a justificativa apresentada para tal aditamento é superficial, haja vista que não esclarece o real motivo do acréscimo, é o que se depreende da leitura do documento acostado à folha 198 do processo originário (TC 96805/2011). Ora, se a própria Recorrente afirma na justificativa para formalização do 1º TA que a estimativa inicial foi feita com base em consumos anteriores, era de se esperar que houvesse a previsão de que seria necessário aditar o contrato, pois o valor estimado para contratação, além de ser uma exigência da lei orçamentária, da Lei de Responsabilidade Fiscal e da própria Lei nº 8666/93, é fator decisivo na escolha da modalidade licitatória pertinente.

É o que se espera de um bom gestor: planejamento. Já que o planejamento do exercício deve observar o princípio da anualidade do orçamento. Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida para o total da despesa no ano, quando decorrente da falta de planejamento. Neste sentido:

> A administração pública está obrigada a bem planejar suas contratações de bens e de serviços, o que implica estimar corretamente suas necessidades em prazo razoável, evitando dessa forma o parcelamento das compras e dos serviços em várias licitações. Efetuado o planejamento com o rigor e a seriedade devidos, a prorrogação dos contratos decorrentes deverá observar tão somente preços e condições mais vantajosos, nos termos do art. 57, II, da Lei n.o 8.666/93, não podendo ser obstada por meramente acarretar extrapolação da faixa de preços em que se enquadrou a modalidade licitatória de origem[7].

O dever de planejamento impõe que a Administração eleja a modalidade (convite, tomada de preços ou concorrência) pertinente aos gastos com bens de mesma natureza durante o ano ou durante a possível duração do contrato, tendo em vista o que se mostrar previsível, como exposto abaixo:

> Termos aditivos. Valor limite para contratação na

[6] Acórdão 203/2002 - Plenário TCU.
[7] Decisão 103/2004-Plenário TCU. Acórdão n.º 1339/2010, TC-015.849/2006-0, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2010.

> modalidade convite. Verifica-se que o valor total [...] não ultrapassou o limite de 25%, conforme § 1º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, porém o valor aditado acrescido do valor contratado eleva o valor da contratação [...], ultrapassando, assim, o limite para a modalidade convite, que, de acordo com a tabela de licitação publicada no DOU em 28.05.98, é de R$80.000,00. Impõe-se deixar claro que o inciso II do § 7º do art. 15 da Lei de Licitações dispõe que nas compras deverão ser observadas "a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação." A finalidade da disposição legal é otimizar o dispêndio dos recursos públicos e impor a programação das compras em sua totalidade, o que implica em aquisição mediante a realização do devido processo licitatório, com a escolha da modalidade licitatória própria, garantindo o aumento da competitividade, com a redução dos gastos despendidos pelo Poder Público. Assim, a falta de programação da totalidade da compra, com escolha de modalidade licitatória inadequada, viola o § 5º do art. 23 da Lei n. 8.666/93[8].

Portanto, não restam dúvidas quanto ao dever do Administrador Público de planejar adequadamente as compras e as contratações de serviços durante o exercício financeiro, de modo a evitar a prática de fracionamento de despesa, observando os limites para aplicação das modalidades de licitação previstos na Lei de Licitações. Caso a administração opte por realizar várias licitações ao longo do exercício financeiro, para um mesmo objeto ou finalidade, deverá preservar sempre a modalidade de licitação pertinente ao total que deveria ser contratado. Dessa maneira, assiste razão a i. Conselheira Relatora do feito originário ao declarar, em seu RV de nº 682/2013, a irregularidade do 1º Termo Aditivo e da execução financeira do Contrato nº 391/2011.

Diante do exposto, deixo de acolher o Parecer emitido pelo Ministério Público de Contas e VOTO:

I - Pelo CONHECIMENTO do presente Recurso Ordinário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade nos termos do artigo 69 da Lei Complementar nº 160/12 e artigo 150, inciso IV c/c artigo 151, inciso II, alínea

[8] Processo Administrativo n. 704.105. Rel. Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Sessão do dia 06/04/2010.

"*a",* do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela RN/TCE/MS nº 76/13;

II - Pelo DESPROVIMENTO do Recurso interposto por Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula, em face da *Decisão Simples nº 494/2013*, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas no processo TC/MS 96805/2011, mantendo-se seu inteiro teor.

São às razões que fundamentam o voto.

Conselheiro Iran Coelho das Neves:

Com relator.

Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo:

Com relator.

Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano:

Com relator.

Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral:

Com relator.

Conselheiro Jerson Domingos:

Com relator.

IV - DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Conselheiros do Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, sob a Presidência do Conselheiro Waldir Neves Barbosa, na Sessão Ordinária de nº 29, de 9 de dezembro de 2015, em conformidade com a ata de julgamento, por unanimidade de votos ACORDAM pelo conhecimento do presente recurso ordinário, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do artigo 69 da Lei Complementar Estadual nº 160/2012 e artigo 150, inciso IV, combinado com o artigo 151, inciso II, alínea "a" do Regimento Interno desta Corte de Contas, aprovado pela Resolução Normativa TCE/MS nº 076/2013; pelo desprovimento do recurso interposto pela Senhora Márcia Maria Souza Costa Moura de Paula, em face da Decisão Simples nº 02/0494/2013, proferida pela 2ª Câmara desta Corte de Contas, no processo TC/MS nº 96805/2011, mantendo-se seu inteiro teor; pela comunicação do resultado nos termos

regimentais. DISCUSSÃO: nesta oportunidade ninguém fez uso da palavra. DECISÃO: aprovado, por unanimidade, o relatório e voto do Conselheiro Relator.

Participaram do julgamento: Exmo. Presidente Conselheiro Waldir Neves Barbosa; Exmo. Conselheiro Ronaldo Chadid; Exmo. Conselheiro Iran Coelho das Neves; Exma. Conselheira Marisa Joaquina Monteiro Serrano; Exmo. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo; Exmo. Conselheiro José Ricardo Pereira Cabral; Exmo. Conselheiro Jerson Domingos; e o Representante do Ministério Público de Contas, Procurador Geral de Contas, Dr. José Aêdo Camilo.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 9 de dezembro de 2015.

Ronaldo Chadid
Conselheiro Relator