

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MAURÍCIO FARIA -
CONSELHEIRO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**

Processo TC nº 015657/2019

Referente: Ofício nº 831/2020

JOSE FREDERICO MEIER NETO, infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar os seguintes

ESCLARECIMENTOS

referentes ao Contrato nº 18/2010-SEHAB, do Programa de Urbanização de Favelas - Lote 07, no âmbito da Coordenação de Habitação da SEHAB, integrada pela Superintendência de Habitação Popular - HABI, pelo Programa Mananciais e pelo

Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo - RESOLO, cujo consórcio denominava-se Consórcio Flasa-CEL, com vistas a demonstrar a legalidade, a legitimidade, a lisura e a ausência de lesividade ao Erário nos atos à época praticados, o que faz com fundamento nas razões de fato e de direito que serão a seguir delineadas.

I - DO CABIMENTO DA MANIFESTAÇÃO

O REQUERIDO exerceu a função de Chefe de Gabinete durante parte do período contratual, ou seja, no ciclo compreendido de maio/2006 até 31/12/2012, sendo que antes de adentrar as questões de mérito, merece destaque que o requerido não deve figurar como parte em alguns dos apontamentos da equipe de fiscalização, em razão da ocupação à época da auditoria, considerando a edição da Lei Federal nº 13.655/18, trazendo novidades para o Direito em geral, mas, sobretudo, inaugurando novas discussões sobre a responsabilidade pessoal dos gestores públicos, em decorrência dos atos praticados.

Isso porque, o art. 28 da citada lei 13.655/18 trouxe à baila a possibilidade de responsabilização pessoal do agente público apenas pelos atos praticados com DOLO ou ERRO GROSSEIRO, o que conforme será demonstrado não ocorreu.

Qualquer penalização deveria decorrer de ato mais severo e mais gravoso do que a mera culpa *in vigilando ou in eligendo*, uma vez que se estava agora tratando de um novo instituto: o ERRO GROSSEIRO.

A dimensão do que seria o “**erro grosseiro**” necessitava de uma definição mais clara, que viria pela jurisprudência ou por meio de uma regulamentação da matéria, fato que ocorreu com a edição do Decreto nº 9.830/19, que regulamentou as inovações introduzidas na LINDB, pela lei 13.655/18.

O art. 12 do citado normativo, ao regulamentar a responsabilização por erro grosseiro, tratou de definir alguns parâmetros para avaliação da definição do que seria este instituto jurídico.

Primeiramente, o decreto afirma que o erro grosseiro é "aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com **culpa grave**, caracterizado por ação ou omissão com **elevado grau** de negligência, imprudência ou imperícia".

Ora, de plano, já se confirma o fato de que o erro grosseiro exige algo mais forte e relevante do que a mera culpa, admitindo uma benevolência maior do julgador para com o agente público.

Em seguida, importa lembrar também que a comprovação do erro grosseiro deverá ser cabal, não cabendo a presunção, a teor do que dispõe o §2º, do art. 12, do decreto 9.830/19.

Não sendo só, o §7º, do mesmo art. 12, foi mais adiante, tratando especificamente sobre o problema da delegação de competência, estabelecendo expressamente que, no exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa *in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

A partir de então, os órgãos de controle deverão demonstrar cabalmente nos autos que houve uma culpa gravosa com grau de negligência elevado, para aplicar punições a superiores hierárquicos, quando da prática de atos irregulares por seus subordinados.

Trata-se do reconhecimento claro de que a realidade e o tamanho da máquina pública tomou uma dimensão que impede o seu controle absoluto pelo gestor máximo, necessitando, de fato, da descentralização do poder, onde o beneficiário do poder delegado deve arcar exclusivamente com a responsabilidade pelos seus atos.

De qualquer maneira, cabe informar que entendo cabíveis e pertinentes às justificativas das Unidades Técnicas da SEHAB que devem constar da instrução dos autos, passando agora a expor sobre os

II - APONTAMENTOS DA FISCALIZAÇÃO

Contudo e, como se passará a demonstrar, as irregularidades apontadas pela equipe de Auditoria não comportam qualquer irregularidade que não pode ser relevada em relação à execução do contratual, conforme segue:

1. Conforme Portaria SEHAB 202/2008 (Peça 10, p. 01), não compete ao Chefe de Gabinete aditar contratos de valor superior a R\$ 100.000,00 (Peça 17, p. 02 e 07).

2. Publicação do extrato do TA feito intempestivamente, infringindo o art. 26 da LM 13.278/02 (Peça 17, p. 02).

3. Não foram localizados no PA em análise os documentos fiscais vigentes à época da lavratura do TA, infringindo o art. 29 da LF 8.666/93.

4. As Notas de Empenho (Peça 19, p. 06 e 08) emitidas para dar suporte ao acréscimo contratual foram insuficientes para sua integral cobertura, infringindo o art. 61 da LF 4.320/64.

5. As informações relativas ao TA em análise não foram localizadas no Sistema Átomo-Radar do TCMSP

6. Caução insuficiente (Peça 26, p. 6/11), infringindo a cláusula Quinta do Contrato (Peça 05, p. 05) e o art. 56 da LF 8.666/93.

III - PREAMBULO

Noções preliminares aplicáveis a todos os apontamentos mencionados pela fiscalização:

Nenhuma destas pretensas irregularidades é, ou detém força, para por em dúvida a legalidade do certame e contrato e muito menos são capazes de inibir o caráter competitivo da licitação.

Aliás, ao considerar não cumpridas estas exigências, a fiscalização acabou por dar mais valor à formalidade que ao conteúdo.

Desse modo, ao examinar a execução contratual não foi apontado nada de relevante para inquirir de irregular o objeto da fiscalização.

Não houve pagamento a maior, nem problemas concretos e relevantes na própria execução da obra que impedisse a sua aprovação aqui, em fase de controle externo.

A adequação da tensão existente, principalmente nos procedimentos licitatórios e contratos administrativos entre os princípios da Administração Pública, tal qual numerados no artigo 37 da Constituição, é a tarefa mais árdua do agente público. Neste contexto, não se pode admitir que um dos princípios, em cada um dos atos administrativos, tenha prevalência ou valor maior do que os outros. A validade do ato administrativo depende deste equilíbrio axiológico, da justa posição, da proporcionalidade e da valoração equitativa.

Não pode haver, como no caso, proposta de valoração maior ao princípio da formalidade, pondo de lado que houve regular execução contratual cujo objeto, de relevante interesse público, foi cumprindo a contento.

De fato, o comando constitucional acima referido põe cobro à conduta dos agentes políticos, especialmente, os legisladores ordinários e os administradores no sentido de impedir atitudes irresponsáveis (com dolo) que permitam a evasão do Erário e consequente enriquecimento do contratado com a espúria finalidade de tirar proveito manifestamente ilícito. Tanto isso é verdade que o próprio Regimento interno dessa Corte diferencia os atos praticados com dolo e os de boa-fé dos agentes públicos, reservando a esses últimos o reconhecimento financeiro dos atos praticados com imposição de recomendações para futuros procedimentos administrativos. Exatamente é esse o caso aqui em estudo.

Bem por isso, não se pode considerar que a regra do art. 37, XXI, da CF está a determinar que as exigências de

qualificação técnica e econômico-financeira devem ser mínimas, ou que a interpretação do § 2º do art. 31, da Lei de Licitações imponha obrigatoriamente a alternância das exigências nele contidas.

Ainda, como questão preliminar, é de se consignar que nenhuma das tais irregularidades apontadas causou prejuízo aos princípios próprios da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF), em especial àqueles atinentes às licitações e contratos administrativos.

Como é do conhecimento geral, os agentes públicos sofrem responsabilização sob três aspectos: civil, administrativa e penal. A primeira nasce da norma civil que obriga o titular de conduta antijurídica de reparar os danos que eventualmente causar a terceiros. A segunda nasce do próprio estatuto legal que o vincula à Administração Pública, notadamente em códigos de conduta expressos em diploma legais específicos e expressos. Por fim, a última, como o nome diz, decorre da tipificação que lei penal der para a conduta esposada pelo agente.

Com exceção da última, a obrigação de reparar do agente público somente nasce diante da ocorrência simultânea de três aspectos necessários: 1) conduta ilícita (ação ou omissão), 2) dano efetivo ao erário ou a terceiros e, 3) nexo de causalidade que ligue a ação ou omissão ao dano verificado. Para ilustrar o seguinte trecho doutrinário: “O servidor público sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras, ele pode praticar ilícitos no âmbito civil, penal e

administrativo [...] 13.8.1. Responsabilidade civil. A responsabilidade civil é de ordem patrimonial e decorre do artigo 186 do Código Civil, que consagra a regra, aceita universalmente, segundo a qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Analisando-se aquele dispositivo, verifica-se que, para configurar-se o ilícito civil, exige-se: Ação ou omissão antijurídica; Culpa ou dolo; com relação a este elemento, às vezes de difícil comprovação, a lei admite alguns casos de responsabilidade objetiva (sem culpa) e também de culpa presumida; uma e outra constituem exceções à regra geral de responsabilidade subjetiva, somente sendo cabíveis diante de norma legal expressa; Relação de causalidade entre a ação ou omissão e o dano verificado; Ocorrência de um dano material ou moral [...]” - (Maria Sylvia Zanella de Pietro – DIREITO ADMINISTRATIVO – 19ª Edição – Atlas – p.588).

Veja-se que a existência de um dano efetivo é condição imperiosa para que nasça a obrigação de reparar. Tal requisito é também indispensável quando se tratar de responsabilidade administrativa: “O servidor responde administrativamente pelos ilícitos administrativos definidos na legislação estatutária e que apresentam os mesmos elementos básicos do ilícito civil: ação ou omissão contrária à lei, culpa ou dolo e dano.” (Maria Sylvia Zanella de Pietro, ob. cit. , p. 589) - (grifei).

A conduta meramente irregular, mas írrita, inofensiva e sem potencial danoso não pode ensejar qualquer penalidade ao agente público. Não há neste caso o elemento dano cuja ocorrência faz nascer a obrigação.

Não sem razão, a legislação brasileira, em tema de reparação ao erário por conduta indevida, é bem completa e indica que somente o agente público “ímprobo” é quem deve ressarcir (indenizar) e/ou ser penalizado. Neste sentido, a Lei nº 8.429/92 define e elenca os atos de improbidade, estes sim sujeitos à reparação pelo agente: “De seu turno, a Lei n. 8.429/92 dispõe expressamente , em seu art. 1º, sobre a improbidade administrativa. A tipificação, administrativa e penal, é exaustiva na lei mencionada.”(Lúcia Valle Figueiredo – CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – 2ª Edição – Malheiros - p. 388) - (grifei).

Desta feita, o elemento dano também é matéria indispensável no texto legal mencionado, conforme se percebe do *caput* do seu art. 10:

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]”

Neste contexto, nem mesmo a passagem legal que trata dos atos de improbidade por desrespeito aos princípios da Administração Pública, implica em reparação independentemente de dano.

Sobre o tema há trabalho detalhado e denso da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, elaborado em

forma de parecer pela Procuradora Dora Maria de Oliveira Ramos, acessado no site:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/boletins/boletim52001/dutrina/Contratoadm.htm>, acessado em 28/08/20, cujos trechos principais e ilustrativos são os seguintes:

"15. Ademais, só haverá o dever de indenizar se a conduta culposa ou dolosa do agente tiver ocasionado um dano à Administração. Dano é "qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo direito".2

16. Elucidativa para a idéia que pretendemos exprimir a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes:

"O dano representa, com a imputabilidade e o nexo causal, o terceiro elemento integrante da responsabilidade civil. E neste ponto muito se diferencia a responsabilidade civil da penal: é que esta pode concretizar-se sem que haja necessidade do prejuízo, como é disto exemplo frisante o fato da tentativa, punida no Direito Penal mas absolutamente neutra, em relação ao Direito Civil, se dela não decorrer um dano patrimonial. A noção legal do dano comporta dois elementos: 1º) elemento de fato – o prejuízo; 2º) elemento de direito – a violação ao direito, ou seja, a lesão jurídica. É preciso que haja um prejuízo decorrente da lesão de um direito.

Por conseguinte, o prejuízo, vindo isoladamente, nada significa. A sua importância jurídica exige que ele seja defluente de uma lesão jurídica."3

17. O dano, para restar caracterizado, deve ser efetivo, concreto e não meramente presumido. Observa Maria Helena Diniz que:

*"[...] não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Isto é assim porque a responsabilidade resulta em obrigação de ressarcir, que, logicamente, não poderá concretizar-se onde nada há que reparar [...]. Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica."*⁴

18. Também Marcelo Figueiredo afirma que:

"O que é dano patrimonial? Cremos que se trata de ato lesivo aquele que, direta ou indiretamente, mas real ou efetivamente, redunde no injusto detrimento de bens ou direitos da administração, representativo de um prejuízo, efetivo ou potencial, de valores patrimoniais."

19. Pesquisa jurisprudencial realizada nesta data no site do Superior Tribunal de Justiça evidencia que o entendimento dominante naquela Corte de Justiça é de que, ausente dano efetivo ao erário, decorrente de culpa ou dolo do agente, descabe a pretensão de ressarcimento dos cofres públicos.

20. Nesse sentido, anote-se a decisão proferida no Recurso Especial n. 43.918-3/MS

"De fato, trata-se de uma questão sui generis. Comprovou-se não haver superfaturamento; comprovou-se que a empresa que contratara com o Município é idônea; comprovou-se que os serviços contratados foram efetivamente realizados e comprovou-se que nenhum prejuízo sofrera o Município."

Outrossim, há vícios formais de contratação, visto que a licitação foi iniciada por tomada de preços, quando o deveria ser por concorrência e as entidades de classe haveriam de ser notificadas do seu curso. Por essa irregularidade formal foram condenados os que promoveram a licitação a devolverem ao Município o valor que excedeu da modalidade tomada de preços para o valor real contratado.

Efetivamente, a condenação desbordou o permitido no art. 11 da Lei n. 4.717/65. A condenação, embora não tenha o Município sofrido prejuízo algum, nem a coletividade, vai enriquecer a municipalidade sem causa, à custa dos seus funcionários, que agiram, embora com irregularidade formal, na mais estrita legalidade. Não houve qualquer ato lesivo ao patrimônio público, visto que os princípios de moralidade administrativa foram todos seguidos, e a obra concluída.

Vejo que a ação popular [...] por não haver ato lesivo ao patrimônio público, perdeu objeto, sendo a condenação dos funcionários um excesso formal, que peca tanto quanto eles ao realizarem tomadas de preços, ao invés de concorrência pública." (2ª Turma, Rel. Min. José de Jesus Filho, j. 5.10.1994, DJU, de 31.10.1994).

21. Também no Recurso Especial n. 213.994-MG, decidiu-se que "não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil." (1ª Turma, Rel. Ministro Garcia Vieira, j. 17.08.1999, DJU, de 27.9.1999).

22. No Recurso Especial n. 147.260-MG, o STJ decidiu:

"Se se admitir a ação civil pública para recuperar dano ao erário, nestes casos, a exemplo do que acontece com a

ação popular, o ato impugnado, além de ilegal, deve ser lesivo ao patrimônio público. Nesse sentido, os Recursos Especiais ns. 15.463-0-RS, DJU, de 25.4.1994, rel. Min. Hélio Mosimann; 111.527-DF, do qual fui relator; 12.406-0-SP, DJU, de 10.10.1994, rel. Min. Pádua Ribeiro e 122.560-MS, também de minha relatoria.

Ora, se os bens adquiridos com dotação orçamentária ditada por decreto foram incorporados ao patrimônio municipal, o mesmo acontecendo com os bens adquiridos e pagos sem empenho prévio, não houve qualquer prejuízo aos cofres públicos municipais. Se não houve lesividade, não se pode julgar procedente a ação civil pública." (1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, j. 2.4.1998, DOU, de 11.5.1998).

23. Também no Recurso Especial n. 111.527-DF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

"Não tendo sido comprovada a lesividade do ato impugnado e não tendo havido qualquer prejuízo ao patrimônio público, não se justifica a sua anulação, porque a Constituição e a lei de ação popular só prevêem a anulação de atos quando lesivos ao patrimônio público, sendo insuficientes que eles sejam ilegais. Como na espécie vertente, houve demonstração e comprovação de não ter ocorrido qualquer prejuízo ao patrimônio público, nem mesmo a lesividade presumida do ato justifica a sua anulação, que seria inócua e sem sentido."

(1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.2.1998, DJU, de 20.4.98).

24. Assim, ainda que na ação popular cogite-se da existência de lesividade presumida em certas circunstâncias, não se deve dar a esse entendimento interpretação tal que admita a responsabilidade civil dissociada da caracterização de seus pressupostos e fundamentos.

25. Assim, se não há ação culposa ou

dolosa causadora de dano, não subsiste fundamento para o pretendido ressarcimento aos cofres públicos dos valores por ele percebidos para execução dos serviços contratados”.

Tudo isto posto, é fácil perceber que não se tem aqui nenhum dano efetivo acusado pela fiscalização que se limitou a tecer comentários acerca de elementos formais e marginais dos atos praticados sem apontar em que modo e extensão tais pretensas irregularidades contribuíram para a dilapidação do Erário.

Sob o prisma da utilidade¹, tais remotas irregularidades não afetaram a prestação contratual, não acarretaram majoração de preços e muito menos implicaram em favorecimentos ou perseguições. São, pois, casos de formalidades inócuas.

Também caminha nesse sentido o entendimento do saudoso Professor Hely Lopes Meirelles², senão vejamos: “A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial ou lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e in consentâneo com o caráter competitivo da licitação.

¹ Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que a doutrina francesa, com suporte nas decisões do Conselho de Estado, resumiu no *pas de nullité sans grief*, ou seja, sem dano ou risco à Administração não se pode aplicar penalidades porque não há irregularidade sem dano.

² **Licitação e Contrato Administrativo**, Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Célia Marisa Prendes e Maria Lúcia Mazzei de Alencar, 12ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, Pág. 137.

Assim, com esboço no princípio do *"pas de nullité sans grief"* consagrado inicialmente pelo Conselho de Estado da França e hoje reconhecido em nosso ordenamento, não como haver decreto de desclassificação de proposta se constatados meros equívocos (se existentes, repita-se) não têm qualquer potencialidade de causar cabal dano ao interesse público ou a direitos individuais³.

Alerta, a respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua obra *ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO – Malheiros* – 3ª edição – p. 57, que a irrazoabilidade do ato administrativo pode ser apreendida quando a conduta do agente é desproporcional em relação aos direitos e interesses públicos envolvidos na questão: “Sobretudo, quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o ‘plus’, o excesso,[...], representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Ora, já se viu que a inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, em sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.”

IV – DO MÉRITO

³ “O prejuízo a um interesse concreto, particular e disponível é pressuposto para a decretação do vício.” (Marçal Justen Filho *in* **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Dialética – 7ª Edição – pág.485).

IV.1. Conforme Portaria SEHAB 202/2008 (Peça 10, p. 01), não compete ao Chefe de Gabinete aditar contratos de valor superior a R\$ 100.000,00 (Peça 17, p. 02 e 07).

Equivoca-se a equipe de Auditoria ao invocar a Portaria SEHAB nº 202/2008. Isso porque, naquele mesmo ano, mais especificamente no dia 16 de dezembro foi publicada a Portaria SEHAB nº 459/2008, a qual conforme se observa no item I, transferiu ao Chefe de Gabinete competência para praticar todos os atos relativos a licitações e contratos, independentes do valor, incluindo dentre essas competências, autorizar licitações e contratações diretas; assinar, aditar e rescindir contratos.

Incluiu também poderes para assinar Notas de reserva, de empenho e liquidações.

Na alínea “e”, também foi permitido ao Chefe de Gabinete, assinar os Termos de Recebimentos provisórios, definitivos, de quitações e ordens de execução de serviços. Poderia ainda, de acordo com a alínea “f”, anular e revogar licitações.

Também estava previsto na referida Portaria a possibilidade de autorizar liberações e substituições de garantias contratuais, bem como **despachar e assinar as alterações contratuais**.

Abaixo segue imagem da Portaria SEHAB nº459/2008, devidamente publicada no Diário Oficial do Município em 16 de dezembro de 2008.

THE UNIVERSITY OF CHICAGO LIBRARY

Considerando o acima exposto, entendemos superado o referido apontamento, com fundamento no item I, alínea “i” da Portaria SEHAB nº 459/2008.

IV.2. Publicação do extrato do TA feito intempestivamente, infringindo o art. 26 da LM 13.278/02

A publicação intempestiva do extrato do Termo de Aditamento reveste-se de falha formal, a qual não impingiu qualquer dano às partes ou ao erário, podendo ser relevada por esta Corte, caso esta assim o desejar.

Abaixo apresento decisão de caso análogo, onde consta avaliação do Plenário relativa à publicação extemporânea, a qual permitimo-nos grifar para deixar caracterizado que esta Corte de Contas pode relevar esse tipo de apontamento.

TC nº 72-005.644.04-19

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. TERMO ADITIVO. SMS. Serviços de diagnósticos por imagem. UNIFESP com interveniência do IDI. Publicação e NE extemporâneas relevadas. Precedentes. REGULARES. DETERMINAÇÃO. Votação unânime. Legislação citada: Art. 61, Lei 4.320/64. Art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. Art. 5º, Dec. Mun. 23.639/87. Port. 101/2003-SF. TCs citados 72-002.492.06-28, 72.004.452.03-31, 72.003.575.04-27, 72.005.449.04-43, 72.001.949.05-05, 72.005.002.03-10, 72.005.149.03-29

e 42.005.305.03-42. 291ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara Trânsito em julgado: 18.05.2016.

É o relatório.

VOTO

*As questões suscitadas sobretudo pela AJCE e relacionadas à intervenção do Instituto e à pertinência entre o objeto do Contrato e os fins sociais da Contratada, já foram por mim enfrentadas e dadas por superadas em outras oportunidades, como nos TCs nºs 72.004.452.03-31, 72.003.575.04-27, 72.005.449.04-43, 72.001.949.05-05 e 72.004.621.03-05. Afastadas essas questões de natureza preliminar, na perspectiva de facilitar o desenvolvimento do voto, deixo consignado que relevo as TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO ISO 9001 COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA ASSESSORIA JURÍDICA DE CONTROLE EXTERNO SECRETARIA GERAL **falhas encontradas relativas ao atraso nas publicações do Ajuste e do seu Termo Aditivo, e à extemporaneidade da emissão da Nota de Empenho, relativa ao Contrato. Quanto à publicação extemporânea, entendo ter a falha natureza formal, sendo certo, ainda que, apesar do atraso, o princípio da publicidade resultou atendido.** Em relação ao empenhamento intempestivo, considero passível de excepcional acolhimento o motivo invocado pelo Contratante para o atraso de 20 dias, segundo o qual decorreu ele da situação emergencial enfrentada, em que não se podia priorizar os procedimentos administrativos exigidos, ainda mais que os valores necessários já haviam sido reservados. Desse modo, e com suporte em decisões anteriores, julgo regulares o Contrato 249/2003-SMS e o Termo Aditivo nº 01/2004. Determino, porém, que a Pasta reveja a tramitação dos seus expedientes de maneira a atender tempestivamente às disposições legais aplicáveis.*

Encaminhe-se cópia da Decisão e também dos Votos lançados nos TCs citados acima ao Deputado Carlos Neder e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão das solicitações constantes dos autos.

Pela decisão acima, verifica-se que o princípio da publicidade foi atendido, mesmo que extemporaneamente, foi cumprida a publicação do Termo, não restando qualquer ônus ou prejuízo as partes ou ao erário, podendo ser relevado tal apontamento da equipe de Auditoria pelo Plenário desta E. Corte de Contas.

IV.3. Não foram localizados no PA em análise os documentos fiscais vigentes à época da lavratura do TA, infringindo o art. 29 da LF 8.666/93.

Como mencionado no preâmbulo desta peça, o requerido exercia o cargo de Chefe de Gabinete e não tinha condições de adentrar as minúcias de cada processo administrativo, sendo que para o caso em tela, havia uma unidade técnica na SEHAB a quem cabia a devida instrução processual.

Referida unidade além de instruir os processos, tinha como atribuição avaliar a documentação apresentada pela contratada.

Portanto, para o referido apontamento, entendo que caberia a referida Unidade apresentar os devidos esclarecimentos e demonstrar a regularidade e lisura dos atos à época.

Merece destaque o fato de que referida contratação foi executada sem qualquer outra intercorrência que indique prejuízo as partes ou ao erário.

IV.4. As Notas de Empenho (Peça 19, p. 06 e 08) emitidas para dar suporte ao acréscimo contratual foram insuficientes para sua integral cobertura, infringindo o art. 61 da LF 4.320/64.

Insta manifestar inicialmente que tal apontamento ao ser examinado tem origem no mesmo problema de diversas Pastas Municipais, ou seja, o sistema de contingenciamento (cotas mensais) instituído por SEMPLA/SF para gestão orçamentária.

Nesse contexto, embora haja prévia reserva para o exercício inteiro, o fato é que tal disponibilidade pode não alcançar o necessário para cumprimento do cronograma financeiro do ano em curso, obrigando que o empenho e a respectiva quitação dos valores de medição obedecessem à disponibilidade mensal de cotas para pedidos de suplementação gerida por SEMPLA/SF que, mercê do ritmo da arrecadação, libera cotas mensais para empenho.

Tais cotas podem não representar a previsão do cronograma anteriormente aprovado pelas partes e, normalmente, a liberação ocorre no final de cada mês a exigir da unidade contábil do órgão gestor do contrato a reprogramação mensal dos

cronogramas, medindo o mês em curso no limite da cota suplementar liberada.

No caso em exame, houve previsão adequada para o cumprimento do cronograma, ou seja, havia a provisão no orçamento de recursos para a totalidade do exercício.

No entanto, quando da revisão orçamentária pela Secretaria Municipal de Planejamento, os recursos originalmente previstos foram sensivelmente reduzidos, repercutindo diretamente no planejamento da Origem e conseqüentemente no contrato estudado.

Note-se que, por questões alheia à vontade de Pasta, houve o contingenciamento dos valores para a execução contratual originalmente prevista. Isso não quer dizer que não houvesse disponibilidade orçamentária para a contratação, apenas que os valores mensais seriam suplementados conforme a situação de caixa da Prefeitura em cada mês de vigência do cronograma, mas no curso da contratação verifica-se que foi tudo executado dentro dos limites e prazos legais.

Além disso, não se pode olvidar que esta readequação mensal tornou-se recorrente na gestão do orçamento municipal, que envolve a liberação de cotas financeiras para empenho no início de cada exercício financeiro, sendo que estas normalmente são insuficientes para a cobertura anual do contrato.

As consequências de tais atos obrigam todas as Unidades Orçamentárias de todo o Município a solicitarem suplementação de recursos mensalmente durante todo o exercício financeiro o que se dá com liberação de cotas orçamentárias mensais.

Assevera-se ainda, o fato da Secretaria Municipal de Planejamento, inúmeras vezes, liberar esses recursos somente nos últimos dias do mês de execução dos serviços, fazendo com que os empenhos complementares sejam feitos nesses dias. Muito embora, cabe ressaltar que eles sempre estão dentro do mês de execução dos serviços e nunca a posteriori, garantindo assim os efeitos financeiros do contrato.

Este é o cerne da questão.

Na época da contratação não havia cotas para o empenho dos recursos necessários (cotas orçamentárias) para todos os meses do cronograma inicial do contrato, razão pela qual foi empenhado apenas o necessário (liberado) para o primeiro mês. Os meses subsequentes obedeceram à lógica e ao ritmo das liberações mensais de SEMPLA/SF. Isso é fato notório, e por tal precisa razão independe de provas, à luz do preceituado no art. 334, I do Código de Processo Civil, aqui aplicado supletivamente.

Esse sistema de execução orçamentária é adotado na Prefeitura de muito tempo atrás. A sua adoção formal e pública veio de outros em exercícios, fazendo menção meramente

exemplificativa do Decreto Municipal nº 51.194/2010⁴ o que talvez, laborando em erro, fizesse a fiscalização entender de forma equivocada acerca do presente apontamento.

Até porque o sistema de “cotas financeiras” veio instituído, por exemplo, no Inciso III do art. 2º do Decreto Municipal nº 50.372/2009 e no Inciso II do art. 2º do Decreto Municipal nº 14.129/2008, para os exercícios, respectivamente, 2009 e 2008.

O mesmo TCM já reconheceu que a questão do empenho extemporâneo não é irregularidade que macula os procedimentos da Unidade de Origem⁵ e aprovou contratos com tal prática.

Tal sistemática gerava na Origem um trabalho insano de atualizações mensais dos cronogramas, o que dirá se se exigisse a formalização de aditamentos mensais, não haveria, nesse

⁴ Veja, por exemplo, que o Inciso II do art. 2º do decreto mencionado é claro ao afirmar que “Cota Orçamentária: corresponde ao valor que cada Unidade Orçamentária terá disponível por fonte, para Reserva de Dotação, Nota de Empenho e Programação de Liquidação da Despesa, conforme art, 3º deste decreto”. Por sua vez, o §3º do art. 3º reza que a quota orçamentária será liberada “para o período de 1 (um) mês”..

⁵ “TC 780.10-98 – Secretaria Municipal da Habitação – SEHAB e Diagonal Urbana Consultoria Ltda – Contrato -10/2010/SEHAB [...] Prestação de Serviços técnicos especializados de consultoria, gerenciamento e execução de trabalho social [...] ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro João Antonio [...] A respeito da inobservância do prazo legal para publicação do despacho de ratificação e da extemporaneidade da emissão da Nota de Empenho, de fato, ante a situação emergencial justificada para a contratação, essas impropriedades podem ser relevadas, pois não trouxeram danos ao Erário [...]” (publicação DOC de 12 de setembro de 2014 – sessão – 2760ª). – (grifei). Note-se que a situação emergencial neste julgado referido foi assim definida no próprio texto do Acórdão: “Considerou-se, ainda, a impossibilidade de paralisação dos serviços imprescindíveis em andamento, envolvendo um universo de aproximadamente 17 mil famílias afetadas pelos alagamentos em diversas áreas do Projeto Várzeas do Tietê [...] bem como seus desdobramentos [...]”. Ora, tal manequim serve, a corte de alfaiate, nas obras relativas ao Programa Mananciais que atingem áreas sujeitas a enchentes e, mais, preservam fonte inestimável do abastecimento de água da Capital.

caso, como suportar a gama exaustiva de serviços nas unidades contábeis e de elaboração de contratos.

Nesse universo de trabalho é possível admitir que ocorresse atraso de pagamento e mesmo atraso de cronograma, sem que isso, contudo, representasse um grande problema e fosse, injustamente, debitado da contratada.

A mais não ser, não há exigência legal de se formalizar as alterações de cronograma por meio de aditivo contratual.

A alteração cogitada no presente caso poderia ser processada, como foi, por meio de simples apostilamento, nos termos do § 8º, do art. 65, da Lei Federal nº 8.666/93.

“Art. 65. Os

contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”

Veja-se que se trata de alterações decorrentes da sistemática de execução orçamentária que não tem o

condão de alterar o objeto contratual, seu valor, alteração da garantia, modificação do regime de execução, forma de pagamento ou reequilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste a dispensar o aditivo, nos exatos termos dos Incisos I e II do mesmo artigo da lei das licitações.

No caso sob exame, cumpre esclarecer inicialmente que os recursos necessários para o contrato em comento, na época da elaboração do Orçamento foram previstos adequadamente pela Secretaria, ou seja, havia a previsão no orçamento de recursos para a totalidade do exercício.

No entanto, quando da revisão orçamentária pela Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão, os recursos originalmente previstos foram suplantados, repercutindo diretamente no caso em análise.

Note-se que por questões alheia à vontade desta Pasta, houve o contingenciamento dos valores para a execução contratual originalmente prevista e solicitada a Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão.

As consequências de tais atos obrigaram as Unidades Orçamentárias de todo o Município a solicitar suplementação de recursos mensalmente durante todo o exercício financeiro.

Assevera-se ainda, o fato da Secretaria Municipal de Planejamento, inúmeras vezes, liberar esses recursos somente nos últimos dias do mês de execução dos serviços, fazendo com que os empenhos complementares sejam feitos nesses dias. Muito embora, cabe ressaltar que eles sempre estão dentro do mês de execução dos serviços e nunca a posteriori, garantindo assim os efeitos financeiros do contrato.

Além disso, não podemos olvidar outra questão que virou praxe abrangendo orçamento Municipal, que envolve a liberação de cotas financeiras para empenho no início de cada exercício financeiro, sendo que estas normalmente são insuficientes para a cobertura anual do contrato.

De todo o exposto verifica-se inclusive que não é de hoje tal situação, na verdade ao longo dos anos, tornou-se praxe pela Municipalidade o aqui disposto.

Vale lembrar que as despesas públicas representadas por esses empenhos foram objeto de liquidação de que trata o art. 63 da Lei nº 4.320/64:

“Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.”

No entanto, cumpre ressaltar que se for analisada o cronograma contratual, verifica-se que os valores foram devidamente quitados, não ocasionando qualquer prejuízo as partes e ao erário.

O procedimento supramencionado referente a suplementação de valores e cobertura mensal, teria amparo nos Decretos, que fixaram as normas referentes à execução orçamentária e financeira para os exercícios do período contratual e na informação nº 610/2010 – PGM /AJC.

Portanto, observa-se que o procedimento citado tem por objetivo *“manter, durante o exercício, na medida do possível, o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria”* (artigo 48 da Lei nº 4.320/64), sem paralisar os serviços e atividades desta Unidade.

Assim, verifica-se que embora a Secretaria tenha solicitado a reserva de recursos para o contrato, quando da publicação do orçamento, já se vislumbrava a necessidade de liberações futuras de recursos, conforme já mencionado, caracterizando assim tal procedimento.

Como já é cediço pela E. Corte a questão abrangendo a liberação de recursos de forma mensal se tornou uma praxe que integrou outros contratos administrativos não só desta Pasta, mas também de outras.

Para ilustrar a referida prática pela Municipalidade, apresentaremos a seguir julgados desta Corte, onde consta que apesar da insuficiência de empenho foram aceito os efeitos financeiros do ajuste, conforme segue:

“TC nº 72-001.903.03-42

ANALISE. CONTRATO. *Autarquia Hospitalar. Prestação de serviços, através da interveniente, de execução de diagnósticos por imagem. Contrato e despacho autorizados extemporâneos. Intempestividade da emissão da nota de empenho. Ausência de publicação do instrumento contratual. Infringências ao artigo 44 do Decreto 41.772/02, ao artigo 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02. Irregularidade na aplicação da excepcionalidade, prevista no artigo 25 do Decreto 42.783/03. IRREGULAR. Votação unânime. Aceitação dos efeitos financeiros, votação por maioria. Aplicação de MULTA.*

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braga – Relator e Maurício Faria, votando o Conselheiro

Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em aceitar os efeitos financeiros da avença, tendo em vista que os serviços não poderiam sofrer solução de continuidade e foram efetivamente prestados, não foi detectado qualquer indício de conduta dolosa ou de má-fé dos agentes, bem como não houve prejuízos ao Erário..."

"TC 72.003.703.97-04

Licitação - inexigibilidade - inviabilidade de competição - serviços de arrecadação de receita do município - Ajuste acolhido - Termo de Aditamento nº 01/98 - prorrogação de prazo - valor empenhado inferior ao previsto para o exercício - emissão de nota de empenho complementar - ajuste acolhido com determinação - Termo de Aditamento nº 01/99 - prorrogação de prazo - valor empenhado inferior ao previsto para o exercício - aditamento acolhido com determinação - Lei 4320/64, art. 60."

"TC nº 72.003.719.97-44

Licitação - Inexigibilidade - empenho "a posteriori" - prática irregular - reincidência - descumprimento de determinação contida no V. Acórdão de fls. 60 - acolhido o termo aditivo com determinação à Origem para que no caso de despesas de caráter continuado, providencie a emissão de nota de empenho em valor suficiente para atendimento das despesas previstas para o exercício em curso - Lei 10544/88, art. 65 c/c Lei 8666/93, art. 25.

Conforme manifestação do Departamento de Auditoria, em face da Origem ter utilizado cálculos quantitativos defasados a

nota de empenho foi emitida em valor insuficiente para arcar com as despesas do exercício, sendo posteriormente complementada, sanando a impropriedade.

À vista do exposto, bem como da existência de jurisprudência nesta Casa acerca da questão, acolho o termo de aditamento 01/99, determinando à Origem que, no caso de despesas de caráter continuado, providencie a emissão de nota de empenho em valor suficiente para atendimento das despesas previstas para o exercício em curso."

Diante de todo o exposto, inclusive com a orientação Jurisprudencial desta E. Corte, verifica-se que a infringência ou irregularidade de cunho formal, tal como a presente apontada pela equipe de fiscalização / auditoria deste Tribunal, devem ser relevadas, considerando que não ocasionaram qualquer prejuízo a execução contratual e ao erário.

A assertiva contida no Voto do Relator, *"caso o Tribunal de Contas asse a aceitar tal irregularidade como defeito formal, estará contribuindo com o descontrole das finanças públicas...."*, demonstra que existe uma cautela, com a qual este subscritor concorda. No entanto, por todo o exposto verifica-se que tal situação não é exclusiva da SEHAB, mas várias Pastas enfrentam a mesma dificuldade, considerando que as cotas orçamentárias são disponibilizadas pela Secretaria de Planejamento e não pelo ordenador de despesa da Pasta.

Caso a E. Corte entenda que não é possível reconhecer como formal o vício, apesar dos inúmeros casos supramencionados semelhantes acima expostos, requeiro que sejam pelo menos acatados os efeitos financeiros do ajuste.

Isso porque, as despesas da contratação foram todas liquidadas e o contratado totalmente executado dentro dos limites previstos na legislação. Portanto, não poderiam os Exmos. Conselheiros não reconhecerem os efeitos financeiros da contratação, considerando que todos os valores devidos foram quitados e não houve qualquer prejuízo a terceiros ou ao erário, ou seja, todas as obrigações foram adimplidas.

IV.5. As informações relativas ao TA em análise não foram localizadas no Sistema Átomo-Radar do TCMSP

Em que pesem as alegações da equipe de Auditoria, constatamos que o sistema Átomo-Radar para as atividades de fiscalização do TCM, é uma ferramenta do Tribunal de Contas desenvolvida pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle em parceria com o Núcleo de Tecnologia da Informação, destinada ao aperfeiçoamento do controle externo.

Ela permite acessar diversas informações sobre os bens e serviços contratados pela Prefeitura e a execução financeira do contrato, com a cronologia de todas as liquidações e pagamentos, inclusive com informações sobre as medições. Além disso, o sistema informa o número do processo (TC) em que foi analisada uma licitação ou contrato e todos os dados cadastrais e documentos que foram anexados aos autos.

O Átomo-Radar integra os dados da Junta

Comercial do Estado de São Paulo, do Diário Oficial da Cidade e de Sistemas da Prefeitura do Município de São Paulo. Nele é possível pesquisar, entre outros itens, as licitações com respectivos objetos e valores, os contratos assinados, os empenhos, pagamentos e licitações de cada obra, e as empresas relacionadas a um CPF ou CNPJ.

No entanto, o sistema foi introduzido após a saída do Requerido, ou seja, sua efetiva utilização ocorreu após dezembro de 2012. Portanto, não há o que este signatário esclarecer sobre a inclusão de informações da referida contratação no sistema pela SEHAB após 2012.

Por este motivo, entendemos que nada cabe a esclarecer acerca do referido apontamento, uma vez que exigir que informações fossem colocadas num sistema que não existia a época não há como ser atendida.

IV.6. Caução insuficiente (Peça 26, p. 6/11), infringindo a cláusula Quinta do Contrato (Peça 05, p. 05) e o art. 56 da LF 8.666/93.

Como mencionado no preâmbulo desta peça, o requerido exercia o cargo de Chefe de Gabinete da SEHAB e não tinha condições de adentrar as minúcias de cada processo administrativo, sendo que para o caso em tela, havia uma unidade técnica na SEHAB a quem cabia a devida instrução processual.

Referida unidade além de instruir os processos, tinha como atribuição avaliar a documentação apresentada pela contratada.

Portanto, para o referido apontamento, entendo que caberia a referida Unidade apresentar os devidos esclarecimentos e demonstrar a regularidade e lisura dos atos praticados à época.

V - DOS PEDIDOS

Após todo o exposto, entendemos que ficou devidamente comprovado, que todos os atos realizados, à época, especialmente em relação ao contrato em comento e demais instrumentos deste decorrentes, foram praticados em estrita observância ao que determina a legislação em vigor e os princípios que regem as atividades da Administração Pública, razão pela qual não poderá ser alegada qualquer irregularidade que não poderia ser relevada.

Portanto, tendo em vista as razões ora apresentadas, resta evidente que as objeções apontadas por esse E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo deverão ser revistas, pois deixaram de analisar, com a cautela necessária, as peculiares fáticas dessa contratação, motivo pelo qual a presente manifestação deverá ser **conhecida**.

Entretanto, caso não seja esse o entendimento dessa E. Corte de Contas, o que admite-se *ad argumentandum tantum*, requer sejam acatadas os presentes esclarecimentos, para o fim de se conhecer os efeitos financeiros do ajuste em comento.

Outrossim, requer, uma vez afastado qualquer indício de negligência administrativa, principalmente em relação a qualquer dano ao erário ou constatação de dolo ou má-fé, que seja deixado de aplicar a multa ao ordenador de despesa, nos termos do art. 88 do Regimento Interno dessa E. Corte de Contas, prevalecendo, com isso, todos os relatórios técnicos elaborados nestes autos, para o fim de julgar a regularidade dos atos praticados.

Por fim, requer que todas as demais intimações nestes autos sejam feitas pessoal e diretamente ao subscritor do presente recurso, sob pena de nulidade das mesmas.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 30 de setembro de 2020.


José Frederico Meier Neto