EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-002.570.05-59

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular a nota de empenho e não aceitou os efeitos financeiros. Aquisição de medicamentos. AHM. Efeitos financeiros aceitos. CONHECIDOS. PROVIDOS PARCIALMENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 137-RITCMSP

TCs citados: 72.001.190.01-19 e 72.007.922.99-51

2.742ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. NE. AHM. Aquisição de medicamentos. Ausência formalização do ajuste e publicação. Arts. 62, caput e § 4º e 59, parágrafo único, Lei 8.666/93. IRREGULAR. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos interpostos, por preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 137 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, tendo em vista que o objeto foi totalmente entregue, bem como que não há comprovação de prejuízo ao erário nos autos, em dar provimento parcial aos apelos, tão somente para aceitar os efeitos financeiros da contratação, mantendo-se, no mais, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Trata-se da análise dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Autarquia Hospitalar Municipal Regional Ermelino Matarazzo (fls. 150/154) em face do v. Acórdão de folhas 132/135, publicado no D.O.C. de 20 de março de 2009, que julgou, por unanimidade, irregular a Nota de Empenho 000271/2004, referente a contratação firmada entre a referida Autarquia e a empresa Merck Sharp & Dohme Farmacêutica Ltda., tendo por objeto a aquisição de medicamentos: 10.800 FAM de Imipenem + Cilastatina Sódica 500mg/ml, nos seguintes termos:

> *“A presente aquisição foi realizada diretamente em razão de ser a contratada fabricante e distribuidora exclusiva dos medicamentos em questão.*
>
> *Referida condição foi devidamente comprovada por meio de declaração do Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo, em atendimento ao disposto no art. 25, I, da Lei 8.666/93.*
>
> *]Ocorre, todavia, que a Origem não formalizou a aquisição por meio de instrumento contratual, conforme determinado pelo art. 62, "caput", combinado com o § 4º do mesmo artigo.*
>
> *Com efeito, o instrumento contratual poderia ser substituído pela nota de empenho, independente do valor da aquisição, se a entrega dos medicamentos se efetivasse em uma única e imediata entrega.*

A análise de Aud demonstrou, todavia, a despeito dos esclarecimentos ofertados pela Origem, que a entrega dos medicamentos se deu de forma parcelada, o que, por si só, impede a substituição do instrumento contratual pela nota de empenho. Além disso, a publicação do ajuste não foi efetivada, o que também impede o seu acolhimento".

O Acórdão, por maioria de votos, não aceitou os efeitos financeiros do ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal alegou que seria imperioso reconhecer os efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, na medida em que os bens foram entregues e pagos, inexistindo qualquer pendência entre as partes.

Requer seja dado provimento ao recurso para reformar integralmente o V. Acórdão guerreado, tornando regular o ajuste em questão.

Não obstante, subsidiariamente, requer a Fazenda, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, a reforma parcial do Julgado para o fim de serem reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais doa atos praticados, na medida em que:

a) os bens foram adquiridos, recebidos e utilizados pela Autarquia; e

b) os bens foram corretamente pagos, não se constatando neste processado qualquer indício de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis, e, tampouco, prova de existência de dano ou prejuízo ao erário.

A Origem apresentou o Recurso Ordinário, demonstrando o seu inconformismo com a decisão proferida.

Alegou que este Tribunal, em situações pretéritas, julgou avenças cujas irregularidades constatadas foram muito mais graves do que as detectadas no presente caso, e decidiu por aceitar os efeitos financeiros por conta da preservação da segurança jurídica, mencionando os processos nºs dos autos (TC 1.190.01-19 e TC 7.922.99-51).

Dessa forma, requer seja conhecido o Recurso Ordinário para reformar integralmente o Acórdão recorrido, tornando regular a contratação ou, ao menos, para a aceitação dos efeitos financeiros.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos, por preencherem os requisitos do artigo 137 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Quanto ao mérito, considerou parcialmente procedente os argumentos alegados pelos recorrentes, no sentido de reformar o v. acórdão para reconhecimento dos efeitos financeiros.

A Assessora Jurídica Chefe ponderou que os apelos não trouxeram elementos novos aptos a alterar a decisão, opinando, assim, pelo não provimento dos apelos.

Observou, entretanto que:

> *"o cumprimento integral do ajuste e ainda, presente ao debate o princípio do formalismo moderado, a peculiaridade da contratação, a ausência de prejuízo ao erário e a inexistência de dolo ou ma-fé por parte da autoridade administrativa, que poderão, a critério de V.Exa. ser levadas em conta com a finalidade de se aceitar os efeitos financeiros do ato da despesa."*

Por sua vez, a Secretaria Geral posicionou-se pelo conhecimento dos Recursos, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, pelo seu improvimento em razão da ausência de fatos supervenientes que tivessem o condão de modificar o teor do V. Acórdão.

É o Relatório.

VOTO

Conheço dos Recursos interpostos, por preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 137 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Quanto ao mérito, com amparo nas considerações feitas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral informando que o objeto foi totalmente entregue, bem como diante da não comprovação de prejuízo ao erário nos autos **DOU** provimento parcial aos recursos, tão somente para aceitar os efeitos financeiros da contratação, mantendo-se, no mais, o acórdão recorrido na íntegra por seus próprios e jurídicos fundamentos.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim, após determinação do então Presidente Edson Simões, na 2.410ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate.

Naquela sessão, votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Roberto Braguim – Revisor, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do relator, em não acolher a Nota de Empenho 000271/2004.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor e Eurípedes Sales, votando, para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", parte final, do Regimento Interno desta Corte, o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, em não aceitar os efeitos financeiros do instrumento examinado.

Vencidos os Conselheiros Mauricio Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso que reconheceram os efeitos financeiros da referida nota de empenho e determinaram o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Conselheiro Edson Simões, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi proferido, para efeito de desempate, pelo Conselheiro Roberto Braguim, atual Presidente.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de fevereiro de 2009.

Roberto Braguim
Presidente, com voto, e Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata o presente da análise do Ato Determinativo de Despesa consubstanciado na Nota de Empenho nº 271/2004, emitida pela Autarquia Hospitalar Municipal Regional de Ermelino Matarazzo, referente à aquisição de medicamentos: 10.800 FAM de Imipenem + Cilastatina Sódica 500mg/ml.

A Auditoria manifestou-se pela irregularidade do instrumento em razão de a aquisição não ter sido formalizada por meio de

instrumento contratual, em desacordo com o disposto no art. 62 da Lei Federal 8.666/93.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou, igualmente, pela irregularidade da despesa, pelos motivos apontados por Aud e também em razão da ausência de publicação da despesa no Diário Oficial.

Após regular intimação a Origem apresentou sua defesa, justificando a substituição do instrumento contratual pela Nota de Empenho, por meio do permissivo inserto no § 4º do art. 62 da Lei 8.666/93, à medida em que a entrega do produto se deu em uma única vez, cujo prazo de entrega restou avençado em 4 (quatro) dias úteis, contados da emissão da respectiva nota.

Sobre a ausência de publicação, nada justificou. Em nova manifestação a Auditoria refutou as justificativas da Origem com base no exame das notas fiscais e notas de liquidação, quando restou comprovado que a entrega foi parcelada, iniciando-se em 05.04.04 a 28.08.04.

A Assessoria Jurídica endossou a análise de Aud e manteve sua posição pela irregularidade do ato.

A Assessora Subchefe de Controle Externo sugeriu, a despeito de a irregularidade apontada impedir o acolhimento do ato, o reconhecimento dos seus efeitos financeiros, tendo em vista as peculiaridades do ajuste, consubstanciadas na exclusividade do fabricante e distribuidor.

A Procuradoria da Fazenda Municipal ponderou que os bens eram necessários; a contratada é fornecedora exclusiva; a entrega se deu no prazo avençado; o preço foi pago e não existem pendências entre as partes.

Pontuou que a falha apontada por Aud é formal e que não causou prejuízo ao erário.

Invocou a manifestação da Assessora Subchefe de Controle Externo, para o fim de acompanhá-la na conclusão acerca do acolhimento da despesa. Equivoca-se, contudo, a PFM ao invocar referida manifestação, pois a Assessora Subchefe de Controle Externo não opinou pelo acolhimento da despesa, mas apenas pelo reconhecimento dos seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral manifestou-se pelo não acolhimento da despesa, por entender que o valor despendido determina obrigatoriamente a formalização do ajuste por meio de instrumento contratual.

Observou, contudo, que a caracterização da inexigibilidade de licitação não foi em momento algum questionada, que a ausência de publicação do ajuste é falha formal que pode ser superada, além da ausência de prejuízo ao erário.

Diante de todas estas ponderações, sugeriu o reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste. É o Relatório.

VOTO

A presente aquisição foi realizada diretamente em razão de ser a contratada fabricante e distribuidora exclusiva dos medicamentos em questão.

Referida condição foi devidamente comprovada por meio de declaração do Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo, em atendimento ao disposto no art. 25, I, da Lei 8.666/93.

Ocorre, todavia, que a Origem não formalizou a aquisição por meio de instrumento contratual, conforme determinado pelo art. 62, "caput", combinado com o § 4º do mesmo artigo.

Com efeito, o instrumento contratual poderia ser substituído pela nota de empenho, independente do valor da aquisição, se a entrega dos medicamentos se efetivasse em uma única e imediata entrega.

A análise de Aud demonstrou, todavia, a despeito dos esclarecimentos ofertados pela Origem, que a entrega dos medicamentos se deu de forma parcelada, o que, por si só, impede a substituição do instrumento contratual pela nota de empenho.

Além disso, a publicação do ajuste não foi efetivada, o que também impede o seu acolhimento.

Cumpre, entretanto, ponderar que os medicamentos foram entregues de acordo com o solicitado e não há indícios nos autos de prejuízo ao erário, o que vem a determinar a incidência do disposto no artigo 59, § único, da Lei Federal nº 8.666/93, cuja prescrição impõe à Administração, diante da declaração de nulidade de contrato, o dever de indenizar o contratado pelo que houver sido executado até a data em que a invalidação for exarada, desde que esta não lhe seja imputável.

Com efeito, a invalidação de contrato já executado, ou cuja execução já tenha se iniciado, não exime a Administração do reconhecimento dos seus efeitos fáticos, que em geral não podem ser desfeitos, situação que se verifica na contratação em apreço.

Assim, na impossibilidade de reversão dos efeitos fáticos da presente contratação, impõe-se a aplicação do dispositivo retro mencionado, que determina a indenização das parcelas já executadas e não passíveis de reversão, ao encontro do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

Desta feita, em face do quanto exposto, deixo de acolher o instrumento "sub examine", reconhecendo, contudo seus efeitos financeiros. Após arquivem-se os autos **(2.410ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

Na qualidade de Presidente, com fundamento no artigo 26, inciso IX, alínea "a" do Regimento Interno deste Tribunal, filio-me à corrente que considerou irregular a contratação, deixando de acolher os efeitos financeiros, restando assim, por unanimidade, julgada irregular a contratação e, por maioria, não aceitos os efeitos financeiros.