TC nº 72-003.904.05-48

3º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou irregular o contrato, aceitou seus efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de Terapia Renal Substitutiva. SMS. CONHECIDOS. PROVIDOS, para afastar a multa, em caráter infringente. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 24, IV, Lei 8.666/93. Lei Mun. 14.141/06. Art. 40, II, Dec. Mun. 44.279/03. Dec. Mun. 51.714/10. Art. 88, RITCMSP.

2.919ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 22/09/2017

2º Julgado

RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de Terapia Renal Substitutiva. SMS. Irregularidade mantida. Efeitos financeiros reconhecidos. Multa mantida por maioria. CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMENTE. Votação unânime

2.737ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. SMS. Serviços de Terapia Renal Substitutiva. SUS. Emergência justificada. Ausência de regularidade fiscal. CND e FGTS. Art. 195, §3º, CF, Leis 9.032/95 e 9.012/95. Despesa estimada sem prévio empenho. Inadmissibilidade. Nulidades. IRREGULAR. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS não aceitos. MULTA. Votação por maioria.

2.385ª Sessão Ordinária

3º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração –, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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 embargos de declaração opostos pelo Senhor Luiz Maria Ramos Filho, e, no mérito, considerando que, embora irregular o contrato, tratava-se de serviços de natureza essencial, não havendo indícios nos autos de que a situação emergencial tenha decorrido de inércia ou de desídia da autoridade competente, em dar-lhe provimento, conferindo-lhe efeitos infringentes para afastar a multa imposta ao ordenador da despesa, ora embargante.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e o Conselheiro Substituto ALEXANDRE CORDEIRO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de abril de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se da análise de recurso de Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, opostos pelo Sr. Luiz Maria Ramos Filho, às fls. 288/298, em face do V. Acórdão proferido por esta Egrégia Corte de Contas às fls. 280/281, com o objetivo infringente de afastar a multa imposta como decorrência do reconhecimento de contradição no citado julgado.

A contratação em pauta teve por fundamento legal o artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93, que dispõe acerca de licitação nos casos de emergência *"quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa*

ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares...".

Trata-se do Termo de Contrato nº 004/2005-SMS.G, celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal da Saúde e o Hospital Santa Paula S/A, objetivando a execução de serviços de Terapia Renal Substitutiva.

A Coordenadoria IV procedeu à análise da contratação (cf. fls. 74/76), concluindo às fls. 77 pela irregularidade do ajuste, haja vista a não apresentação dos documentos fiscais em vigência, quais sejam, a CND e o FGTS, comprovando a regularidade fiscal, infringindo o inciso II, do artigo 40, do Decreto Municipal nº 44.279/03.

O V. Acórdão decidiu, por unanimidade, não acolher o Contrato 04/2005 e, por maioria de votos, não aceitar os seus efeitos financeiros, aplicar multa de R$ 411,00 ao Ordenador de Despesas e signatário do ajuste. A decisão do colegiado restou fundamentada na ausência de comprovação de regularidade fiscal (INSS e FGTS) e realização de despesas sem prévio empenho.

Em seu recurso, o Órgão Fazendário sustentou, em síntese, que as impropriedades apontadas não eram suficientes para comprometer o contrato em análise, argumentando que não se vislumbrou dano ou prejuízo ao erário, além da boa-fé que permeou todos os atos praticados.

Por fim, o Órgão Fazendário requereu o conhecimento e provimento do recurso para que sejam acolhidos os instrumentos sob exame e que seja excluída a multa aplicada ao Agente Público ou, ao menos, que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste.

O Sr. Luiz Maria Ramos Filho, embora devidamente intimado, deixou de apresentar recurso ou encaminhar cópia da guia que comprove recolhimento da multa imposta.

Conforme o V. Acórdão publicado em 16.04.2014, os Nobres Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, decidiram, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por estarem presentes os requisitos regimentais de admissibilidade, e, quanto ao mérito, tendo em vista as impropriedades referentes à não comprovação da regularidade fiscal perante o sistema previdenciário e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e à emissão de nota de empenho após a realização das despesas, mantiveram a irregularidade do Contrato 004/2005-SMS.G.

Ainda no mérito, considerando que os serviços – de Terapia Renal Substitutiva – foram efetivamente prestados; que os mesmos são de natureza imprescindível; que ocorreu dificuldade em selecionar prestadores de serviços já adaptados

às determinações provindas do Ministério da Saúde; que não houve notícia de prejuízo ao erário, tampouco demonstração de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis; bem como à vista do princípio da segurança jurídica e do decurso do tempo – de quase 10 anos – desde a prestação dos serviços, os Nobres Conselheiros decidiram, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para, exclusivamente, reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo citado contrato, mantendo o V. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Contudo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros João Antonio – Relator e Roberto Braguim – Revisor, votando o Conselheiro Presidente Edson Simões para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, mantiveram a imposição de multa ao ordenador da despesa. Vencidos os Conselheiros Maurício Faria, consoante voto apresentado em separado, e Domingos Dissei, que afastaram a multa pecuniária imposta ao agente responsável.

O Sr. Luiz Maria Ramos Filho, opôs então Embargos de Declaração às fls. 288/298, alegando que houve contradição e obscuridade no V. Acórdão de fls.280/281, visto que os fundamentos da decisão para imposição de multa não restaram esclarecidos. No seu ver, esta E. Corte de Contas não perfilhou caminho logicamente sustentável ao proferir o novo Acórdão, ressaltando que ao mesmo tempo em que houve a manutenção da multa ao servidor responsável, os Nobres Conselheiros consideraram a ausência de dano ao erário e a ausência de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis para dar provimento parcial ao recurso e reconhecer os efeitos financeiros produzidos no contrato.

No mais, o Embargante acrescentou que de acordo com o artigo 87, parágrafo 1º e artigo 88 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, a lógica interna da decisão se apresenta extremamente vulnerável. Assim, entende ser inevitável a possibilidade de efeitos infringentes ao presente recurso, e acrescenta que ou esta E. Corte de Contas esclarece, fundamentalmente, a prevalência da multa, ou assume a imperiosa necessidade de se alterar substancialmente a decisão.

Por fim, requer o reconhecimento da contradição e da obscuridade da decisão embargada, especificamente no que se refere à aplicação da multa individual ao responsável, adotando-se efeitos infringentes e afastando a imposição de multa.

O Recurso foi submetido à análise da AJCE que se manifestou pela intempestividade dos Embargos e, caso haja superação da inadmissibilidade, quanto ao mérito, opinou pelo seu provimento no que tange ao reconhecimento da contradição apontada (fls. 310/314), conforme se segue.

Preliminarmente, ressaltou que o Regimento Interno deste Tribunal de Contas dispõe em seu artigo 144, caput, e parágrafo primeiro, que o recurso de

Embargos de Declaração poderá ser oposto quando a decisão terminativa ou acórdão apresentar falta de clareza nos seus termos, obscuridade, contradição ou omissão.

O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal estabelece, ainda, que os Embargos de Declaração serão opostos dentro do prazo de 15 dias, contados da intimação.

Nesses termos, **quanto à tempestividade do recurso**, verificou-se que os ***Embargos de Declaração*** foram opostos intempestivamente, tendo em vista que a juntada da intimação do ***Embargante*** ocorreu em 28.10.2014 (fls.282vº), e o recurso foi protocolado em **13.11.2014** (fl.288), quando deveria ter sido protocolado em **12.11.2014**.

Por outro lado, importante registrar que **o Sr. Luiz Maria Ramos Filho** demonstrou sua tentativa de enviar o presente recurso para esta E. Corte de Contas "via fax" em **12.11.2014**, conforme documentação anexada às fls.293/298. Sobre esse aspecto, entendeu que apesar de não haver nenhum dispositivo no Regimento Interno desta E. Corte de Contas que autorize a interposição de recurso "via fax", considerando o **princípio do informalismo** que significa que no silêncio da lei ou de atos regulamentares, não há para o administrador a obrigação de adotar excessivo rigor na tramitação dos processos administrativos, tal como ocorre nos processos judiciais, e se restar comprovado que o recurso foi realmente recebido "via fax" por esta E. Corte de Contas, referida documentação anexada às fls. 293/298, ponderou a AJCE que caso os Nobres Conselheiros autorizem, excepcionalmente, essa possibilidade, poderá ser levada em consideração para que o recurso seja conhecido como tempestivo.

Assim, no caso de ser superada a questão da tempestividade, quanto ao juízo de admissibilidade dos Embargos Declaratórios, considerando que o Sr. Luiz Maria Ramos Filho apontou as questões as quais entende ser contraditórias e obscuras no V. Acórdão embargado, atendendo, dessa forma, todas as formalidades legais, opinou conclusivamente a AJCE pelo seu conhecimento.

Quando ao mérito, a AJCE ponderou que a suposta omissão apontada pelo Embargante consiste na alegação de contradição e obscuridade no V. Acórdão de fls.280/281, visto que os fundamentos da decisão para imposição de multa não restaram esclarecidos.

No meu ver, s.m.j., assiste razão ao Embargante quanto à necessidade de aclaramento do V. Acórdão embargado no que se refere à motivação quanto à manutenção da multa imputada ao Sr. Luiz Maria Ramos Filho, pelos motivos a seguir expostos:

Ao analisar o mérito do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, o Nobre Conselheiro Relator João Antonio, em seu Voto proferido às

fls.271/275, houve por bem manter a irregularidade do certame e a imposição de multa, conforme segue:

> *"Destarte, face as impropriedades apontadas pelos Órgãos Técnicos desta Casa,* ***MANTENHO*** *o posicionamento pela* ***IRREGULARIDADE*** *do certame,* ***bem como pela imposição da multa.****(fl.272)" (grifo nosso)*

Por conseguinte, o Nobre Conselheiro Relator João Antonio, ao analisar os efeitos financeiros produzidos, considerou a ausência de prejuízo ao erário e a ausência de dolo, culpa ou má-fé por parte do agente responsável para dar provimento parcial ao recurso e reconhecer os efeitos financeiros do Contrato, senão vejamos:

> *"Assim sendo,* ***não se tem notícia de prejuízo ao erário, tampouco restou demonstrado dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes responsáveis****, ao que, considerando o princípio da segurança jurídica e o decurso do tempo – de quase 10 anos – desde a prestação dos serviços,* ***DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL****, reformando a Respeitável Decisão do Colegiado,* ***exclusivamente para reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo Contrato nº 004/SMS/2005****, mantendo-se, no mais, o Venerando Acórdão guerreado por seus prórpios e jurídicos fundamentos. (fl.274)"* (grifo nosso)

Assim, de acordo com o V. Acórdão de fls. 281/282, e em consonância com o Voto proferido pelo Nobre Conselheiro Relator João Antonio, os Nobres Conselheiros, à unanimidade, conheceram do recurso e, quanto ao mérito, também à unanimidade, mantiveram a irregularidade do contrato, porém, deram parcial provimento ao recurso para reconhecer os efeitos financeiros produzidos no contrato, considerando que não houve notícias de dano ao erário, e tampouco demonstração de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis. No mais, por maioria de votos, os Nobres Conselheiros decidiram manter a imposição de multa ao ordenador da despesa, conforme segue:

> ***"ACORDAM****, ainda* ***no mérito, à unanimidade****,* ***considerando que os serviços – de Terapia Renal Substitutiva – foram efetivamente prestados****, que os mesmos são de natureza imprescindível, que ocorreu dificuldade em selecionar prestadores de serviços já adaptados às determinações provindas do Ministério da Saúde,* ***que não houve notícia de prejuízo ao erário, tampouco demonstração de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis****, bem como à vista do princípio da segurança jurídica e do decurso do tempo – de quase 10 anos – desde a prestação dos serviços,* ***em dar provimento parcial ao recurso para, exclusivamente, reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo citado***

> ***contrato,*** *mantendo o V. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos". (fl.280)* (grifo nosso)
>
> ***"ACORDAM****, entretanto,* ***por maioria****, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte,* ***em manter a imposição de multa ao ordenador da despesa.*** *(fl. 281)"* (grifo nosso)

De fato, como é possível constatar no R. Julgado, data máxima vênia, a AJCE considerou haver uma pequena contradição no V. Acórdão de fls.280/281, pois ao mesmo tempo em que a multa ao ordenador da despesa foi mantida, quando da análise dos efeitos financeiros do ajuste, considerou-se a "ausência de culpa" por parte dos agentes responsáveis para dar provimento parcial ao recurso e reconhecer os efeitos financeiros produzidos no contrato.

Além disso, insta consignar que a mencionada contradição também está em desacordo com o estabelecido no artigo 88 do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, já que o referido dispositivo estabelece que a multa poderá deixar de ser aplicada se não houver evidência de má-fé (diga-se, dolo), conforme segue:

> ***"Art. 88 - A multa poderá deixar de ser aplicada se não houver evidência de má-fé*** *ou for reconhecida a ocorrência de força maior, de livre convencimento do Tribunal Pleno, das Câmaras ou do Juiz Singular."*

Nesses termos, entendeu a Sra. Assessora da AJCE, que a questão citada pelo Embargante merece ser aclarada pelos Nobres Conselheiros para que não ocorra qualquer tipo de contradição no V. Acórdão embargado, ou mesmo dúvidas quanto à real motivação para a manutenção da multa aplicada ao ordenador da despesa.

Por fim, consignou que a obtenção dos efeitos infringentes, como pretende o Sr. Luiz Maria Ramos Filho, somente é possível excepcionalmente, nos casos em que for reconhecida a existência de contradição, obscuridade ou omissão, sendo a alteração do julgado uma consequência da correção desses vícios, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que por si sós já sejam suficientes para a inversão do julgado.

O Sr. Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo(fl.315), a seu turno, acompanhou a manifestação da preopinante, concluindo pelo provimento dos embargos de declaração em tela, por revelarem hipótese de contradição à aludida

ausência de culpa (em sentido estrito) e manutenção da penalidade cominada ao agente público.

Em seguida a PFM (fl. 317) acompanhou a AJCE, opinando que os embargos de declaração fossem conhecidos e, no mérito providos, para que a contradição contida no V. Acórdão recorrido fosse solvida e, consequentemente, a multa imposta ao interessado tornada insustentável, haja vista haver restado provado no julgado a inexistência de dolo, culpa, má-fé ou prejuízo ao erário.

Antes que a Secretaria Geral se manifestasse, o Embargante, espontaneamente, manifestou-se às fls. 325/327, sustentando a tempestividade dos Embargos de Declaração, mormente pela aplicação da Lei Federal nº 9.800/99, conhecida coloquialmente como “Lei do Fax”.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo foi novamente instada a se manifestar (fls. 330/334), tendo em vista os documentos de fls. 325/327, sob a perspectiva do artigo 15 e do inciso VI, do artigo 139, ambos do Código de Processo Civil vigente (fls. 329), considerando o quanto se segue.

Em relação ao mérito dos Embargos de Declaração, permitiu-se acompanhar a manifestação anteriormente expendida pela própria Assessoria Jurídica, a qual concluiu pelo seu provimento diante da hipótese de contradição existente no Acórdão entre a ausência de culpa por parte dos agentes responsáveis e, ao mesmo tempo, a imposição de multa ao ordenador da despesa.

Quanto à questão atinente à sua admissibilidade considerou, no entanto, que se encontra relacionada com a manifestação realizada às fls. 325/327, objeto da presente análise, em cotejo com os dispositivos acima citados do Código de Processo Civil que recentemente entrou em vigência.

Antes de adentrar ao âmbito dos artigos 15 e 139 do CPC, deteve-se na verificação da aplicabilidade da Lei Federal nº 9.800/99 no âmbito deste E. Tribunal.

O artigo 2º da referida Lei regula a utilização do sistema de fac-símile no envio de peças processuais:

> *“Art. 2º A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.*
> *Parágrafo único. Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material.”*

Embora se trate de legislação esparsa em relação ao Código de Processo Civil, a matéria nela contida é tipicamente processual e se insere naquele contexto da prática de atos processuais, encaixando-se no sistema anterior (vigente à época da oposição dos Embargos) em todos os seus parâmetros e consequências.

Por sua vez, as normas gerais sobre processo, contidas no revogado CPC de 1973, bem como suas disposições específicas, desde que houvesse omissão legislativa e não conflitassem com tais legislações processuais (CLT, Código de Processo Penal, Lei de Execução Fiscal, etc), têm, desde longa data, aplicação subsidiária em qualquer âmbito.

Isso ocorre também no direito administrativo, em se tratando do direito adjetivo que lhe é pertinente.

Desta forma, as normas contidas no sistema do Código de Processo Civil, mesmo na ausência de disposição expressa, podem ser aplicadas, subsidiariamente, no âmbito do processo administrativo, na existência de lacunas.

Neste sentido, a prática de atos via fac-símile, integrada ao sistema processual então em vigor, não parece conflitar com a Lei Municipal nº 14.141/06, que rege o processo administrativo no âmbito do Município de São Paulo, ou com a Lei Orgânica e o Regimento Interno, ambos deste E. Tribunal de Contas, cumprindo o requisito da compatibilidade.

O próprio Decreto Municipal nº 51.714/10, que regulamenta a Lei Municipal nº 14.141/06, prevê utilização do meio fac-símile para a comunicação de certos atos processuais[1].

Uma vez admitida a sua aplicação subsidiária, verifica-se que a determinação contida na Lei Federal nº 9.800/99, de que os originais devem ser entregues em 5 (cinco) dias do término do prazo, foi cumprida pelo Embargante, o que me permite opinar pela tempestividade do Recurso.

---

[1] **Art. 41** Decorrido o prazo de que trata o § 4º do artigo 40 deste decreto sem a devolução dos autos retirados, o advogado responsável será intimado pelo Diário Oficial da Cidade a devolvê-los em 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de adoção das medidas judiciais cabíveis.
§ 1º Desatendido o prazo de que trata o "caput", a critério da chefia da unidade, os autos poderão ser cobrados mais uma vez, por meio de telefone**, fac-símile** ou mensagem eletrônica, para devolução em 24 (vinte e quatro) horas.
Art. 56 A convocação do interessado para complementação de documentos, correção de dados, esclarecimentos ou cumprimento de qualquer ato essencial ao andamento do processo será determinada pela autoridade, observadas as seguintes regras:
I - a convocação será realizada por via telefônica**, transmissão de fac-símile**, correspondência ou por correio eletrônico, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da data designada para o comparecimento do interessado, devendo constar sucintamente o objetivo da convocação;

Passou então a analisar o caso acima sob a perspectiva do CPC vigente, principalmente em relação aos artigos 15 e 139, VI, que seguem transcritos abaixo:

> *"Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente."*
> *"Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:*
> *VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;*
> *Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular."*

O artigo 15 insere no texto legal, de forma explícita, a aplicação do princípio da subsidiariedade do processo civil no processo administrativo, o que já vinha sendo feito sob o regime do Código de 1973, implicitamente.

Desta forma, embora seja novidade a sua positivação por meio do diploma processual, em nada inova no sistema, ao contrário, apenas corrobora algo já consagrado no sistema anterior, tornando clara a sua aplicação, agora, nomeadamente, nas searas eleitoral, trabalhista e administrativa.

Como se trata da normatização de um princípio geral, de caráter informativo, inclusive, para a compreensão atual do direito processual civil brasileiro, pode ser utilizado desde antes da vigência do novo CPC.

No caso específico dos autos, o tratamento legal da subsidiariedade corrobora o entendimento exposto anteriormente, no sentido de que a interposição dos Embargos Declaratórios foi feita tempestivamente, nos termos da argumentação acima exposta.

Em relação aos poderes de direção do processo, arrolados no artigo 139, verifica-se que foram ampliados e mais bem definidos, em relação ao dispositivo similar do revogado artigo 125.

No entanto, se o citado artigo 125 for analisado juntamente com o também revogado artigo 181, veremos que também não se trata de novidade:

> *"Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:*
> *I - assegurar às partes igualdade de tratamento;*
> *II - velar pela rápida solução do litígio;*

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes."

"Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

§ 1º O juiz fixará o dia do vencimento do prazo da prorrogação."

Embora o diploma atual não faça a diferenciação entre prazos dilatórios e peremptórios, tal distinção permanece no sistema vigente, de forma que a estes deve ser mantida a vedação do artigo 182 do CPC de 1973[2].

Assim, entendeu que prazos atinentes à interposição de recursos e pagamento de multa, por exemplo, não poderão ser alterados, mesmo sob a autoridade do atual artigo 139, inciso VI.

Ressaltou ainda que, no processo administrativo, esta flexibilidade, inclusive da ordem de produção de provas, na busca da verdade real, já eram observadas, mesmo antes da edição da Lei Federal nº 9784/99, referência na tentativa de unificação das normas processuais relativas ao direito administrativo.

Desta forma, a entrada em vigor dos referidos dispositivos não afetam o processamento do presente Recurso, ressalvando apenas que, mesmo com o realce que a nova codificação possa dar a tais aspectos, especificamente no caso das dilações de prazos, a sua aplicação não pode ser feita indiscriminadamente, devendo ser vedada a sua ocorrência no que tange aos prazos de interposição de recursos.

O mesmo vale para a alteração da ordem de produção dos meios de prova, que deve atender apenas às necessidades de tornar mais efetiva a solução de um conflito, sendo que a sua produção em segunda instância de julgamento só se justificaria excepcionalmente, o que não parece ser o caso do presente TC.

Neste ponto, especificamente quanto à alteração da ordem de produção das provas, comungou do entendimento de que, no período de vacância, permanece o regime anterior, ou seja, para que haja a referida alteração, se faz necessário requerimento e concordância das partes.

No caso em tela, entendeu, portanto, que o artigo 15 consagra princípio que já se aplicava no processo administrativo, qual seja, o da subsidiariedade das regras e conceitos de processo civil, podendo servir de esclarecimento à aplicação da Lei Federal nº 9.800/99.

---

[2] **Art. 182**. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.

Já o artigo 139, inciso VI, embora também apresente, de forma clara, procedimentos que já eram aplicados em processos administrativos, melhor definindo os poderes de direção do processo, não se aplicam ao caso em tela, pois o processo se encontra em fase recursal, momento em que os prazos de interposição se verificam peremptórios e a instrução probatória é restrita.

Isto posto, amparado nos argumentos acima, opinou conclusivamente o Sr. Assessor AJCE pelo conhecimento dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Luiz Maria Ramos Filho, ordenador de despesas, posto que tempestivos, e, no mérito, acompanhou a manifestação de fls. 310/314 da própria AJCE, pelo seu provimento.

Quanto às considerações acerca dos artigos 15 e 139, VI do Código de Processo Civil vigente, entendeu que, em virtude de consagrarem princípios gerais e informativos, tornando expresso o que já era praticado no regime anterior, podem ser aplicados no caso em tela, inclusive no momento de interposição dos presentes Embargos, ressalvando-se a vedação aos prazos peremptórios e à produção de provas em segunda instância.

O Sr. Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo acompanhou à fl. 335 integralmente o expendido pelo ilustre Assessor preopinante, que bem observou a aplicabilidade da Lei Federal nº 9.800/99 e asseverou, para o caso em tela, e sem prejuízo do primado de direito processual *tempus regit actum*, a pertinência de se invocar o estatuído no novo Código de Processo Civil quando se tratar de um princípio geral, de caráter informativo.

Sendo assim, reiterou a conclusão pelo conhecimento do recurso de fls. 280/281, considerando, pois, dentre os outros requisitos pertinentes, a sua tempestividade.

A Secretaria Geral, por fim, na manifestação de fls. 337/341 considerou por primeiro, no que respeita à tempestividade, que os embargos de declaração são tempestivos, vez que a última intimação foi coligida aos autos em 24.11.14 (fl. 300vº e 301/302). Isto porque, de acordo com o art. 120 do Regimento Interno deste E. Tribunal, na hipótese de intimação de dois ou mais responsáveis que tiverem diferentes procuradores, o prazo será contado em dobro a partir da data da ocorrência da última intimação, razão pela qual os embargos devem ser conhecidos.

Quanto ao mérito, ressaltou que os embargos de declaração, servem para corrigir o “error *in procedendo”* e, eventualmente, atingir o “error *in judicando”*.

A decisão, a princípio, deve estampar as razões para suprir a omissão dos fundamentos que levaram à manutenção da multa, ou, considerando que a decisão menciona a ausência de dolo, culpa ou má-fé, bem assim o que preceitua o art. 88

do Regimento Interno desta E. Corte de que os embargos sejam acolhidos e sejam conferidos efeitos infringentes para afastar a imposição de multa.

Em assim sendo, opinou conclusivamente a Secretaria Geral pelo conhecimento dos embargos e, no mérito, pelo acolhimento para suprir a omissão. Caso assim não entenda o Egrégio Plenário, opinou pelo acolhimento dos embargos com efeitos infringentes para afastar a multa.

É o Relatório.

VOTO

Em julgamento os Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, com espeque no art. 144 §1º do Regimento Interno desta Colenda Corte, opostos pelo Sr. Luiz Maria Ramos Filho, na qualidade de Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal da Saúde, à época, ordenador da despesa às fls. 288/292 e signatário do contrato nº 04/2005 contra o V. Acórdão proferido por esta E. Corte de Contas em 16.04.2014 e publicado no Diário Oficial de 16.05.2014.

De início, cumpre destacar que o Acórdão guerreado tratou de Recurso Ordinário interposto pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal visando à reforma da decisão proferida pelo Pleno desta E. Corte de Contas às fls. 195/196, que, por unanimidade, julgou irregular o Contrato nº 004/SMS/2005 – firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde e o Hospital Santa Paula S/A, tendo como objeto a execução de serviços de terapia renal substitutiva – e, por maioria de votos, não aceitou os respectivos efeitos financeiros, bem como aplicou multa ao ordenador de despesa responsável.

De se observar que, de acordo com o V. Acórdão, os Nobres Conselheiros desta E. Corte de Contas, decidiram, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso oposto pela PFM, conquanto presentes os pressupostos regimentais de admissibilidade e, no que respeita ao mérito, julgar as impropriedades referentes à não comprovação da regularidade fiscal perante o sistema previdenciário e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e à emissão de nota de empenho após a realização das despesas, mantiveram a irregularidade do contrato 004/2005-SMS.G.

Ainda, no mérito, levando em conta que os serviços de terapia renal substitutiva haviam sido, efetivamente prestados e de natureza imprescindível, ocorrendo dificuldade em selecionar prestadores de serviços já adaptados às determinações provindas do Ministério da Saúde, ausente notícia de prejuízo ao erário, tampouco demonstração de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis, bem como à vista do princípio da segurança jurídica e do decurso do tempo - de quase 10 anos - desde a prestação dos serviços, os Nobres Conselheiros decidiram, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para, exclusivamente, reconhecer os efeitos financeiros

produzidos pelo citado contrato, mantendo o V. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Contudo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros João Antonio – Relator e Roberto Braguim - Revisor, votando o Conselheiro Presidente Edson Simões para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, mantiveram a imposição de multa ao ordenador da despesa. Vencidos os Conselheiros Maurício Faria, consoante voto apresentado em separado, e Domingos Dissei, que afastaram a multa pecuniária imposta ao agente responsável.

Preliminarmente, no que respeita à tempestividade, entendo que os embargos de declaração são tempestivos, vez que a última intimação foi coligida aos autos em 24.11.14 (fl. 300vº e 301/302). Isto porque, de acordo com o art. 120 do Regimento Interno deste E. Tribunal, na hipótese de intimação de dois ou mais responsáveis que tiverem diferentes procuradores, o prazo será contado em dobro a partir da data da ocorrência da última intimação, razão pela qual os embargos devem ser conhecidos.

Quanto ao mérito, de se anotar que os embargos de declaração, servem para corrigir o "error *in procedendo"* e, eventualmente, atingir o "error *in judicando"*.

No mérito, observo que, embora irregular o contrato, tratava-se de serviços de natureza essencial, não havendo indícios nos autos de que a situação emergencial tenha decorrido de inércia ou de desídia da autoridade competente.

Assim, considerando que a decisão manteve a multa ao ordenador da despesa e, ao mesmo tempo, aceitou os efeitos financeiros produzidos no contrato, com fundamento na "ausência de dolo, culpa ou má-fe" por parte dos agentes responsáveis, parece-me, de fato, haver uma contradição no Acórdão de fls. 280/281 ao deixar de observar o art. 88 do Regimento Interno desta E. Corte[3].

Diante do exposto, acompanho as conclusões unânimes dos Órgãos Técnicos desta Colenda Corte, pelo **CONHECIMENTO** dos Embargos de Declaração opostos pelo Sr. Luiz Maria Ramos Filho e, no mérito, pelo seu **PROVIMENTO**, conferindo-lhe efeitos infringentes para afastar a multa imposta ao ordenador, ora Embargante.

Após as comunicações de praxe, **ARQUIVEM-SE** os autos.

Este é o meu voto, Senhor Presidente.

---

[3] **"Art. 88 - A multa poderá deixar de ser aplicada se não houver evidência de má-fé** ou for reconhecida a ocorrência de força maior, de livre convencimento do Tribunal Pleno, das Câmaras ou do Juiz Singular."

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.731ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos para proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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 do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, por estarem presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, tendo em vista as impropriedades referentes à não comprovação da regularidade fiscal perante o sistema previdenciário e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e à emissão de nota de empenho após a realização das despesas, em manter a irregularidade do Contrato 004/2005-SMS.G.

ACORDAM, ainda no mérito, à unanimidade, considerando que os serviços – de Terapia Renal Substitutiva – foram efetivamente prestados, que os mesmos são de natureza imprescindível, que ocorreu dificuldade em selecionar prestadores de serviços já adaptados às determinações provindas do Ministério da Saúde, que não houve notícia de prejuízo ao erário, tampouco demonstração de dolo, culpa ou má-fé por parte dos agentes responsáveis, bem como à vista do princípio da segurança jurídica e do decurso do tempo – de quase 10 anos – desde a prestação dos serviços, em dar provimento parcial ao recurso para, exclusivamente, reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo citado contrato, mantendo o V. Acórdão guerreado por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, entretanto, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator e ROBERTO BRAGUIM – Revisor, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em manter a imposição de multa ao ordenador da despesa.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA, consoante voto apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, que afastaram a multa pecuniária imposta ao agente responsável.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício aos interessados e à Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, do Ministério Público do Estado de São Paulo, para informar o resultado deste Acórdão.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Ausentou-se, nesta data, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de abril de 2014.
EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de Recurso Ordinário interposto pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal contra o Venerando Acórdão prolatado por esta Egrégia Corte de Contas (folhas 195/196), que versa sobre o Contrato nº. 004/SMS/2005 firmado entre a Secretaria Municipal da Saúde da Prefeitura do Município de São Paulo e o Hospital Santa Paula S/A tendo como objeto a execução de serviços de terapia renal substitutiva em caráter emergencial.

O Venerando Acórdão julgou, por unanimidade, irregular o contrato, tendo em vista as falhas apontadas referentes a comprovação da regularidade fiscal perante o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; e o artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, relativo a realização de despesa sem prévio empenho.

Ainda, por maioria de votos, o Venerando Acórdão deixou de aceitar os efeitos financeiros do ajuste em exame por desrespeito ao artigo 195, parágrafo 3º da Carta Magna, e aos seguintes dispositivos da legislação infraconstitucional: artigo 40, inciso II, do Decreto Municipal 44.279/03 referentes a comprovação da regularidade fiscal perante o INSS e o FGTS e artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, relativo a realização de despesa sem prévio empenho*, in verbis*:

"Art. 40 Na celebração de contratos por dispensa ou inexigibilidade de licitação, exigir-se-ão do contratado apenas os documentos que comprovem:

(...)

II - regularidade perante a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

(...)"

"Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho."

Finalmente, por maioria de votos, aplicou multa ao Ordenador da Despesa e signatário do instrumento, visualizado às folhas 17/27 dos autos. A multa, de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais), foi aplicada com arrimo no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II do Regimento Interno desta Corte.

A Recorrente sustentou que *(i)* restou configurada a situação de emergência capaz de ensejar a contratação direta; *(ii)* não houve prejuízo ao erário, dolo ou culpa do administrador; *(iii)* a irregularidade junto à seguridade social e ao FGTS poderia ser relevada diante da necessidade premente dos serviços, no exercício de ponderação de valores; *(iv)* os vícios relativos à regularidade fiscal e às normas orçamentárias poderiam ter sido sanados, não fosse indeferido o pedido de esclarecimentos à Origem (folha158) quanto à possibilidade de apresentar as referidas certidões a posteriori; *(v)* não se observou o princípio da verdade real; *(vi)* considerando o disposto no artigo 59, parágrafo único da Lei Federal nº 8.666/93 e o princípio da segurança jurídica, os efeitos financeiros do Ajuste deveriam ser reconhecidos; *(vii)* a ausência de consequências jurídicas, eis que não se vislumbra prejuízo ao erário, obsta a decretação de nulidade do Ajuste; e *(viii)* inexistem indícios de culpa ou má fé a justificar a multa aplicada ao agente público.

Assim sendo, o Órgão Fazendário pleiteou a reforma do Venerando Acórdão para que o citado contrato seja julgado regular, tornando-se insubsistente a multa cominada, ou ainda, que sejam ao menos acolhidos os efeitos financeiros do Ajuste.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, preliminarmente, manifestou-se pelo conhecimento do Recurso interposto, vez que atendeu aos requisitos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, a Especializada salientou que os vícios imputados ao ajuste não foram afastados no curso da instrução do presente feito, embora tenham sido intimados o órgão contratante, o ordenador da despesa responsável e a entidade contratada.

Aduziu que na ausência de prova de que inexistia outra opção para o Poder Público, é incabível o argumento alusivo à suposta colisão de interesses e a supremacia do direito fundamental.

Salientou também que não se sustenta a tese de cerceamento de defesa esboçada pela Recorrente, quando afirma que os vícios só não foram sanados devido ao despacho de folha 160 que indeferiu pedido de nova intimação da Origem para obtenção junto à Contratada dos documentos cogitados, uma vez que as partes foram devidamente intimadas.

Em relação à multa aplicada, mencionou que o cumprimento da lei é dever de todos e com maior obviedade dele não poderá se eximir o servidor público, especialmente imbuído da função de zelar pelo interesse público e por sua indisponibilidade. Daí a razão pela qual restou configurada a culpa em sentido amplo.

No que tange ao reconhecimento dos efeitos financeiros, ressaltou que a decisão deve se pautar, obrigatoriamente, no que dispõe o artigo 59 da Lei Federal de Licitações nº 8.666/93. Primeiro porque a declaração de nulidade prevista no *caput* do citado artigo cabe à Administração ou ao Poder Judiciário. Segundo porque não há que ser descurado o dever de indenizar à contratada em função dos serviços efetivamente prestados, sob pena de enriquecimento ilícito.

Assim, opinou pelo não provimento do Recurso “sub examine”.

A Secretaria Geral, corroborando as conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pela mantença do Respeitável Acórdão.

É o Relatório.

VOTO

Presentes os requisitos Regimentais de admissibilidade, **CONHEÇO** o Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o Venerando Acórdão prolatado por esta Egrégia Corte de Contas às folhas 195/196 e publicado à página 87 do Diário Oficial da Cidade de 1º/08/08.

Preliminarmente, cumpre destacar que não se questiona nos autos o caráter emergencial da recontratação realizada, vez que ficou patente a necessidade de continuação dos serviços de hemodiálise já prestados pela Contratada à época para 138 pacientes do SUS.

Ademais, justificou-se a Origem salientando que, em meados

do ano de 2004, foi realizada chamada pública para a seleção de instituições e empresas que pudessem prestar os serviços e que, no decorrer desta chamada pública, foi editada portaria do Ministério da Saúde (Portaria SAS/MS n.º 211, de 15 de junho de 2004) readequando a regulamentação dos tratamentos de Nefrologia, inclusive da Terapia Renal Substitutiva, ao que, naturalmente, ainda que habilitados os prestadores nesta chamada, deveriam ainda se adaptar às condições estipuladas pela norma vindoura, observando o agente público que nem todos os prestadores haviam finalizado as adequações necessárias à época, ao que a demanda dos usuários permanecia e restava iminente a possibilidade de interrupção (folha 32).

Contudo, é vedado à Administração celebrar contratos com pessoas em débito com o sistema previdenciário e com o FGTS, como ocorreu no caso, sendo também vedada a emissão de nota de empenho após a realização das despesas.

Destarte, face as impropriedades apontadas pelos Órgãos Técnicos desta Casa, **MANTENHO** o posicionamento pela **IRREGULARIDADE** do certame, bem como pela imposição da multa.

Todavia, quanto ao reconhecimento dos efeitos financeiros, data vênia a decisão desta Colenda Corte no sentido de rejeitá-los, entendo que, em que pese a irregularidade formal da contratação perpetrada, os serviços foram efetivamente prestados, como bem apontou o Excelentíssimo Conselheiro Relator Mauricio Faria em seu voto (folhas 174-178):

"Todavia, a situação relatada não afasta o fato de o Ajuste ter sido executado, situação em que o particular realizou uma prestação em favor da Adminsitração que não pode ser ignorada.

Como se depreende das informações constantes nos autos, o serviço foi efetivamente prestado, inexistindo qualquer apontamento sobre eventual prática de preço em desacordo com o mercado, de forma que o disposto no artigo 59, parágrafo único da Lei Federal nº. 8.666/93 deve ser observado, o sentido de que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela foi declarada".

Ora, não há como negar a excpecionalidade da situação vivenciada à época pela contratação em tela, que conjugada à natureza dos serviços prestados – imprescindíveis, e que não comportavam qualquer forma de paralisação – permitem ao analista a defesa dos atos praticados, em especial porque não há nos autos qualquer notícia de prejuízo ao erário.

À vista de serem imprescindíveis os serviços em questão e da dificuldade em selecionar prestadores de serviços já adaptados às determinações provindas do Ministério da Saúde, sopesa-se o atendimento a uma exigência formal e o atendimento a direito fundamental à vida e à saúde.

É neste panorama, pois, que se coloca a questão, restando evidente suficiente respaldo para a contração de emergência da entidade. A Assessoria Jurídica da Pasta da Origem ressalvou à época que, "em razão da urgência requerida não foi possível a instrução devida do presente, com a juntada dos documentos requeridos", ao que entendeu ser necessário que se "**CONDICIONE** o efetivo repasse de recursos à entidade à apresentação dos documentos em questão, essenciais para o aperfeiçoamento instrutório do feito e para garantir a possibilidade de contratação da entidade segundo os ditames da lei" (folha 15).

Assim sendo, não se tem notícia de prejuízo ao erário, tampouco restou demonstrado dolo, culpa ou má fé por parte dos agentes responsáveis, ao que, considerando o princípio da segurança jurídica e o decurso do tempo – de quase 10 anos – desde a prestação dos serviços, **DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL,** reformando a Respeitável Decisão do Colegiado, exclusivamente para reconhecer os efeitos financeiros produzidos pelo Contrato nº 004/SMS/2005, mantendo-se, no mais, o Venerando Acórdão guerreado por seus prórpios e jurídicos fundamentos.

OFICIE-SE aos interessados e a Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital do Ministério Público do Estado de São Paulo para informar o resultado deste julgamento.

Após, **ARQUIVE-SE** o presente.

Este é o meu voto, Senhor Presidente. (2.731ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço do recurso ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, tendo em vista estarem presentes os requisitos legais e regimentais de sua admissibilidade.

No mérito, dou provimento parcial ao Recurso, para que a decisão recorrida seja reformada, aceitando-se os efeitos financeiros produzidos pelo Contrato e afastando-se a multa pecuniária imposta ao agente responsável, uma vez que, conforme me expressei por ocasião do voto proferido, por ocasião do julgamento que resultou no Acórdão guerreado, embora irregular o Contrato, tratava-se de serviços de natureza essencial, não havendo indícios nos autos de que a situação emergencial tenha decorrido de inércia ou de desídia da autoridade competente, os serviços foram executados, o valor ajustado não foi questionado pelos órgãos técnicos desta Corte, além do fato de que, por determinação do disposto no artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/93, a nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada. (2.731ª S.O.)

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos dos TC 3.904/05-48**,** da análise de recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal em face do Acórdão de 23/07/2008 que julgou irregular o Contrato nº 4/2005 firmado entre a Secretaria Municipal de Saúde e o Hospital Santa Paula S.A., tendo por objeto a prestação de serviços de terapia renal substitutiva, deixando de aceitar os efeitos financeiros e aplicando multa aos Ordenadores de Despesa e Signatários do Contrato.

O Conselheiro Relator João Antonio, conheceu do recurso e, no mérito, deu-lhe parcial provimento para acolher os efeitos financeiros do Ajuste, sendo acompanhado pelo Conselheiro Revisor Vice-Presidente Roberto Braguim.

Divergiu o Conselheiro Maurício Faria que, deu provimento parcial ao recurso para acolher os efeitos financeiros do ajuste e afastar as penas de multa aplicadas, no que foi acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Domingos Dissei.

Registrou-se empate quanto às multas aplicadas aos ordenadores de despesa, e, consoante disposição legal, profiro o Voto de Desempate.

Com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, e em coerência com o voto proferido por mim em sede de julgamento original, acompanho a corrente perfilhada pelos Conselheiros João Antonio e Roberto Braguim, restando assim, por maioria de votos, Provido em Parte o Recurso, apenas para acolher os efeitos financeiros, mantendo-se as multas aplicadas, pelas razões expostas em seus votos.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Edson Simões, após determinação de Sua Excelência, na 2.384ª 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 Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, nos termos da declaração de voto apresentada, Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, e Antonio Carlos Caruso, em julgar irregular o Contrato 004/2005–SMS.G, tendo em vista as falhas apontadas referentes à comprovação da

regularidade fiscal perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; e ao artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, relativo à realização de despesa sem prévio empenho.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Revisor e Eurípedes Sales, votando o Conselheiro Presidente Edson Simões para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, letra "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, letra "a", do Regimento Interno desta Corte, em deixar de aceitar os efeitos financeiros do ajuste em exame, por desrespeito ao artigo 195, § 3º, da Carta Magna, e aos seguintes dispositivos da legislação infraconstitucional: artigo 40, inciso II, do Decreto Municipal 44.279/93, referentes à comprovação da regularidade fiscal perante o INSS e o FGTS; e artigo 60 da Lei Federal 4.320/64, relativo à realização de despesa sem prévio empenho.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em aplicar ao Ordenador da Despesa e signatário do instrumento, visualizado às fls. 17/27 dos autos, a multa de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais), com arrimo no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte.

Vencidos, nestes tópicos, os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso que, aceitaram os efeitos financeiros e não aplicaram a referida multa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de julho de 2008.

Edson Simões
Presidente

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 004/SMS/2005, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e o Hospital Santa Paula em regime emergencial, com fundamento no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, visando à execução de

serviços de terapia renal substitutiva.

Consta dos autos que o contrato que atendia os pacientes estava com o prazo de vigência prestes a expirar e que os novos contratos celebrados através de chamamento público estavam em fase de adequação às exigências do edital, para cumprimento da exigência de credenciamento junto ao Ministério da Saúde, de modo que os 138 pacientes renais crônicos atendidos ficariam sem os serviços, de natureza essencial, razão pela qual decidiu a Secretaria Municipal da Saúde realizar a contratação em regime emergencial.

A Auditoria, embora reconhecendo a situação emergencial, opinou pela irregularidade do ajuste diante da ausência de comprovação de regularidade da contratada junto ao INSS e FGTS.

Constatou ainda que o total empenhado não era suficiente para fazer frente à cobertura do ajuste, mas considerou aceitável a situação, porque o valor mensal é estimado e pago somente após a realização dos serviços.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou que os serviços são prestados através de chamamento público, com a habilitação de determinados fornecedores e que o chamamento foi realizado, tendo sido editada a Portaria SAS/MS nº 211/04 no curso de sua tramitação, de modo que, não obstante habilitados os prestadores de serviço, teriam que se amoldar às condições estabelecidas na Portaria.

Consignou que o preço é vinculado à tabela do SUS, mas que não poderia ser reconhecida a regularidade diante da ausência de demonstração da regularidade fiscal. A chefia entendeu que, mesmo sendo o valor estimado, houve infringência ao disposto no artigo 60 da Lei Federal nº 4.320/64.

Instada a se manifestar, a Contratada alegou que prestou os serviços em situação de absoluta emergência, dentro dos parâmetros contratuais, e que a Secretaria contratante estava ciente de sua situação de irregularidade fiscal, mas que a não-contratação pioraria o panorama já bastante difícil diante da falta de prestadores de serviços dessa natureza habilitados. Por sua vez, a Secretaria Municipal da Saúde alegou que o valor empenhado era suficiente para fazer frente ao ajuste.

A Auditoria constatou que os empenhos foram todos emitidos fora de prazo, ou seja, posteriormente à realização dos serviços, mas que o valor empenhado foi liquidado e pago.

Ratificou a posição pela irregularidade formal do ajuste, também em face da realização de despesa sem prévio empenho, além do aspecto já apontado, por infringência ao inciso II do artigo 40 do DM 44.279/03.

A AJCE manteve o posicionamento pela irregularidade do ajuste.

A PFM buscou nos princípios o fundamento para amparar a legalidade do ato, sobretudo considerando o momento em que esse ato foi praticado, de modo que o interesse público foi preservado.

Alegou que não seria possível outra conduta e que os serviços foram prestados sem que houvesse qualquer contestação em relação aos valores praticados, que correspondem à tabela do SUS.

Além disso, não houve má-fé ou prejuízo ao Erário.

Por tais razões propugnou pelo acolhimento do ajuste.

A Secretaria Geral acompanhou o entendimento dos Órgãos Técnicos pela irregularidade do ajuste, mas, diante da situação emergencial, imprescindibilidade do serviço e ausência de prejuízo, sugeriu a aceitação dos efeitos financeiros, até porque os serviços foram entregues, pagos e executados.

É o relatório.

VOTO

A situação emergencial foi reconhecida pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas e, diante das informações contidas nos autos, considero a questão superada, uma vez que não restaram dúvidas acerca da natureza essencial dos serviços, bem como de que a situação emergencial não decorreu de inércia ou desídia da autoridade competente.

As falhas apontadas, contudo, não podem ser reputadas como de natureza meramente formal, eis que é vedado à Administração celebrar contratos com pessoas em débito junto ao sistema previdenciário e ao FGTS, como ocorreu no caso. Também é vedada a emissão de nota de empenho após a realização das despesas.

Assim, ainda que forçoso reconhecer que à Administração não restava alternativa diante da natureza essencial dos serviços, que não poderiam sofrer solução de continuidade, e que eventualmente estava presente alguma dificuldade na contratação diante da ausência de prestadores aptos, esta questão não restou cabalmente demonstrada.

Todavia, a situação relatada não afasta o fato de o ajuste ter sido executado, situação em que o particular realizou uma prestação em favor da Administração que não pode ser ignorada.

Como se depreende das informações constantes dos autos foi o serviço executado pelo contratado, inexistindo igualmente qualquer apontamento sobre

eventual prática de preço em desacordo com o mercado, de forma que o disposto no artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal 8.666/93, deve ser observado, no sentido de que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que ela for declarada.

Isto porque a invalidação de contrato já executado, ou cuja execução já se iniciou, faz com que a Administração deva levar em conta seus efeitos fáticos, que muitas vezes não podem ser desfeitos, como é o caso.

Na impossibilidade de reversão, vemos que o ordenamento jurídico estipulou uma solução no dispositivo retromencionado, de forma que o que não for reversível deve ser indenizado, incidindo também o princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Isto posto, julgo IRREGULAR o Contrato nº 004/SMS/2005, mas, acatando as ponderações lançadas pela Secretaria Geral, aceito seus efeitos financeiros (2.384ª S.O.).

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Na análise deste TC a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo apontaram o descumprimento das regras estabelecidas nos artigos 40, inciso II, do Decreto Municipal nº 44.279/93, e 60 da Lei Federal nº 4.320/64, o primeiro referente à comprovação da regularidade fiscal, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e o segundo vedando a realização da despesa sem prévio empenho.

Entendo que essas irregularidades, comprovadas nos autos, não podem ser relevadas ou descartadas, ainda que os serviços tenham sido executados a contento e evidenciada a emergência na sua prestação, que justificou a dispensa da licitação, a teor do disposto no artigo 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

De fato, a exigência de apresentação das certidões comprobatórias de regularidade das contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS dimana da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria, de modo que ela não pode ser dispensada nas licitações e contratos da Administração Pública, sob pena de afronta aos mandamentos legais pertinentes.

A esse propósito, é oportuno lembrar que o artigo 195, § 3º, da Carta Magna de 1988, proíbe taxativamente o Poder Público de contratar pessoas jurídicas em débito com o sistema de Seguridade Social, como regulamentado em lei, sendo que o artigo 47 da Lei Federal nº 8.212/91, na redação da Lei Federal nº 9.032/92, exige a exibição da Certidão Negativa de Débito – CND, fornecida pelo órgão competente*, 'na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou*

creditícios por ele concedido'.

A Lei Federal nº 9.012/95, artigo 2º, a seu turno, proíbe as pessoas jurídicas, em débito com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, *'celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transações comerciais de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional'*.

De resto, a despesa, ainda que feita por estimativa, não dispensa o empenho prévio, de acordo com a expressa determinação do artigo 60, § 2º, da Lei Federal nº 4.320/64.

Essas normas são impositivas para a Administração Pública, de modo geral, não cabendo, destarte, ao agente público, responsável por sua observância, questionar sua justiça, validade ou eficácia, para não incidir em falta funcional, mesmo na situação figurada no expediente, envolvendo a saúde de usuários do Sistema Único de Saúde – SUS. Sem dúvida, o serviço de saúde é um dever imposto ao Estado, como lembra a Procuradoria da Fazenda Municipal, porém ele só pode ser prestado mediante políticas sociais e econômicas e segundo os critérios técnicos e legais que regulam seu procedimento. Essa é a inteligência que emerge da exegese dos artigos 196 e 197 da Constituição Federal.

Assim, frente ao exposto e coerente com pronunciamentos pretéritos, projetados nos TCs nºs 3.260.03-05, 3.264.03-96, 3.345.03-96, 5.008.01-35, 5.244.01-98, 1.170.02-92 e 3.018.02-07, além de outros, julgo irregular o Contrato nº 004/SMS/2005, pactuado com o Hospital Santa Paula S/A, por desrespeito ao artigo 195, § 3º, da Carta Magna, e aos dispositivos da legislação infraconstitucionais mencionados ao longo deste voto.

Em decorrência das irregularidades constatadas, deixo de aceitar os efeitos financeiros do ajuste em exame, aplicando ao ordenador da despesa e signatário do instrumento, visualizado às fls. 17/27, a multa de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais), com arrimo no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9.167/80, c/c o artigo 86, inciso II, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal (2.384ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do julgamento da análise da contratação direta, Contrato nº 04/2005, tendo como interessados a Secretaria Municipal da Saúde e o Hospital Santa Paula S/A, cujo objeto é a execução de serviços de Terapia Renal Substitutiva aos usuários do SUS.

O Conselheiro Relator Maurício Faria julgou irregular o contrato, aceitando os efeitos financeiros, em que foi acompanhado pelo Conselheiro Antonio Carlos

Caruso.

Divergiu o Conselheiro Revisor Vice-Presidente Roberto Braguim, julgando irregular o contrato, contudo, deixando de aceitar os efeitos financeiros do ajuste e aplicando multa ao Ordenador de Despesa e Signatário do Ajuste, identificados às folhas 17 e 27 dos autos, em que foi acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Eurípedes Sales.

Com efeito, registrou-se empate no tocante à aceitação dos efeitos financeiros e aplicação de pena de multa aos Responsáveis e consoante disposição legal profiro o voto de desempate.

Alinhando-me à corrente perfilhada pelo Conselheiro Revisor Vice-Presidente Roberto Braguim, julgo irregular o contrato, deixando de aceitar os efeitos financeiros e aplicando multa no valor de R$ 411,00 (quatrocentos e onze reais) ao Ordenador de Despesa e ao Signatário do Ajuste, restando assim, por unanimidade, julgado irregular o contrato e, por maioria, não aceito os efeitos financeiros e aplicada multa ao Signatário e Ordenador da Despesa.