TC nº 72-005.994.96-49

ANÁLISE. TERMOS ADITIVOS E DE RECEBIMENTO. ACOMPANHAMENTO. EXECUÇÃO. CONTRATO. SMT. Serviço de Engenharia de tráfego e educação de trânsito. Serviços prestados sem cobertura orçamentária e contratual que não integram o objeto. Quitação consignada indevida. Termo de recebimento CONHECIDO. TAs e Acompanhamento REGULARES. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 167, II, CF. art. 37, Lei 4.320/64.

2.338ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em 10/09/2007

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.336ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, tendo os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Roberto Braguim – Revisor votado na 2.316ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em afastar as preliminares argüidas pelo Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário, à época dos fatos, qual seja, cerceamento de defesa e ilegitimidade de parte, tendo em vista que a intimação se fez acompanhar das conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte, com disponibilidade dos autos em Cartório para vistas e eventual extração de cópias xerográficas por parte do interessado, o que lhe garantiu o exercício do contraditório e da ampla defesa, e, embora o defendente não tenha sido o subscritor do Termo de Recebimento de 26/02/1997, a continuidade da execução dos serviços sem cobertura contratual e sem a necessária verificação de recursos aptos a assegurar o adimplemento da obrigação assumida ocorreu no período de agosto a setembro de 1996, com identificação, pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, da titularidade da Unidade Orçamentária, à época das irregularidades constatadas (7 de agosto a 25 de setembro de 1996).

ACORDAM, ademais, por maioria, nos termos do relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelo voto do Conselheiro Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, votando o

Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em julgar regulares o Termo Aditivo 01/96 e, apenas em parte, a execução do Contrato DSV/09/96, até o limite dos serviços contemplados no objeto contratual e das despesas para tanto autorizadas, no montante empenhado de R$ 22.136.433,97.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em conhecer do Termo de Recebimento de 26/02/1997, tão-somente no que concerne aos serviços e às despesas regularmente prestados, recebidos, liquidados e pagos, considerando que os serviços prestados sem cobertura orçamentária e contratual não podem integrar o objeto do ajuste, bem como indevida a cláusula de quitação consignada pela Companhia de Engenharia de Tráfego no correspondente instrumento. Vencidos os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, consoante declaração de voto apresentada, e Edson Simões, que julgaram irregulares os termos analisados e a execução do contrato, tendo em vista as infringências ao artigo 167, inciso II, da Constituição Federal, e ao artigo 37 da Lei Federal 4.320/64, pela utilização irregular da dotação orçamentária para pagamento, a título de indenização, de despesa de exercícios anteriores.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros tanto dos ajustes, em face do respeito ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, quanto da despesa excedente, tendo em vista que seus serviços foram prestados e pagos sem a caracterização da existência de indícios de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo de ordem financeira ao Erário.

. Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de agosto de 2007.

Antonio Carlos Caruso
Presidente, com voto

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Trata-se do exame do Termo Aditivo nº 01/DSV/96, do Termo de Recebimento e do exame da execução contratual, relativamente ao Contrato n° 09/96, de prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de

trânsito, firmado entre a Secretaria Municipal de Transportes, por meio do DSV, e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, ajuste já acolhido à unanimidade por esta Corte, conforme Acórdão proferido em 11 de dezembro de 1996.

Manifestou-se a Auditoria pela regularidade do Termo Aditivo, ressalvando a remessa extemporânea a este Tribunal.

Já quanto à execução contratual, opinou pela irregularidade, por ter sido realizada despesa em montante superior ao autorizado, ultrapassando os recursos orçamentários disponibilizados no contrato.

Nesse sentido, apontou, também, que a liquidação de despesas se deu a título de indenização, e, entendendo que se tratava de despesa realizada em exercícios anteriores, suscitou infringência ao artigo 37 da Lei Federal n° 4.320/64.

No que tange à análise do Termo de Recebimento, esta, de certa maneira, confunde-se com os destaques que afirmam o próprio sentido de irregularidade da execução contratual.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, houve por bem ressaltar um conteúdo paralelo de apreciação, qual seja, a acumulação remunerada de cargos vedada pela Constituição Federal, ante o exercício simultâneo, por uma mesma pessoa, do cargo de Diretor do DSV e de Presidente da CET.

Em face das conclusões dos órgãos técnicos, houve a apresentação de defesa do Diretor do Departamento de Operação do Sistema Viário – DSV, à época dos fatos, que, em síntese, alegou, preliminarmente, o cerceamento de defesa e a ilegitimidade de parte, porquanto, à época da celebração do Termo Aditivo e do Termo de Recebimento, já não era mais Diretor do DSV e Presidente da CET, e, no mérito, argumentou consistir prática constante o exercício simultâneo, pela mesma pessoa física, de Diretor do DSV e de Presidente da CET, justificada pela necessidade de comando único nas operações, a fim de atender à demanda do Município de São Paulo nas questões do trânsito, sendo que não houve percepção cumulativa de vencimentos e honorários. No que diz respeito ao contrato, alegou que:

1 - a contratação e seus aditamentos foram submetidos e autorizados pelo Secretário Municipal de Transportes;

2 - o valor não faturado decorrente de sobra de recursos de determinados anexos do contrato, que não puderam ser utilizados, e, paralelamente, a falta de recursos em itens de outros anexos, caracterizaram situação impeditiva para se firmar aditamento contratual, com aporte de recursos suplementares;

3 - a utilização da dotação, elemento de despesa 3132 – 'Serviços de Terceiros – Outros Serviços e Encargos', para pagamento, a título de indenização, de despesas de exercícios anteriores, obedeceu à legislação vigente. As

alegações da defesa não alteraram os entendimentos dos órgãos técnicos desta Corte.

A Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou o entendimento da Especializada no que concerne ao afastamento das preliminares. Somado a isso, e já tendo se manifestado nos autos sobre ser estranho ao objeto do presente fato a questão de acumulação de cargos, cabendo, portanto, somente a análise em apartado, reiterou sua manifestação de fls. 338/339, no sentido de que a contratação foi realizada entre dois entes da Administração Municipal, sem prejuízo ao Erário e com presunção da boa-fé dos agentes.

Propugnou assim, pelo acolhimento dos atos, com base em precedentes desta Corte e em virtude do princípio da razoabilidade, consagrado no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo, em harmonia com o princípio da convalidação dos atos administrativos irregulares.

A Secretaria Geral entendeu que a Nota de Crédito complementou o Termo de Recebimento do contrato, convalidando-o, considerando regularizada a pendência. Por outro lado, entendeu que os elementos de defesa não descaracterizaram a ofensa ao artigo 167, inciso II, da Lei Maior, e ao artigo 37 da Lei Federal n° 4.320/64.

Opinou, contudo, sem embargo de determinações à Origem, pelo acolhimento dos Termos examinados, ante a inexistência de prejuízo ao Erário, a boa-fé dos agentes públicos envolvidos e o direito da contratada de ver atestada a execução do contrato conforme avençado.

É o relatório.

VOTO

Afasto as preliminares arguidas, tendo em vista que a intimação se fez acompanhar das conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos, com disponibilidade dos autos em Cartório para vistas e eventual extração de cópias xerográficas por parte do interessado, garantindo-lhe, assim, o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Por outro lado, verifica-se, pelos elementos constantes dos presentes autos, que, embora o defendente não tenha sido o subscritor do Termo de Recebimento, datado de 26 de fevereiro de 1997, a continuidade da execução dos serviços sem cobertura contratual e sem a necessária verificação de recursos aptos a assegurar o adimplemento da obrigação assumida ocorreu no período de agosto a setembro de 1996, com identificação, pela Auditoria, da titularidade da Unidade Orçamentária à época das irregularidades constatadas (7 de agosto de 1996 a 25 de setembro de 1996).

No mérito e no que concerne ao Termo de Recebimento e ao exame da execução do Contrato, trata-se de situação análoga à apreciada por esta Corte, no âmbito do TC n° 2.850.97-01, em que se examinou o Contrato SMT/CET n° 02/97, considerando que as anomalias de ordem orçamentário-financeira detectadas pelos órgãos técnicos dizem respeito ao procedimento irregularmente adotado pela Origem, no que se refere à execução, recebimento e pagamento de serviços sem aditamento contratual, bem como à assunção de compromissos financeiros sem que houvesse suporte nos recursos orçamentários autorizados para execução do objeto ajustado.

De fato, no período de vigência operacional do Contrato 09/96, a CET executou serviços previstos e cobertos pelo ajuste, no montante empenhado de R$ 22.136.433,97, bem como serviços que excederam os ajustados em R$ 2.878.093,77, que não puderam ser liquidados, à época, por ausência de saldo na correspondente dotação orçamentária.

Assumiu a Origem, assim, despesa sem cobertura contratual e orçamentária, criando espaço para posterior reconhecimento do débito pela via indenizatória e a onerar o orçamento dos exercícios subsequentes, tendo em vista a constatada insuficiência de um saldo contratual empenhado de R$ 1.420.747,71, por fim cancelado em 18 de novembro de 1996.

Embora as partes tenham firmado o Termo de Recebimento em 26 de fevereiro de 1997, nas condições já relatadas, a abertura de crédito adicional ocorreu em 14 de dezembro de 1999, por meio do Decreto Municipal n° 38.791, que suplementou o orçamento daquele exercício, onerando a dotação denominada 'Serviços de Engenharia de Tráfego – Outros Serviços e Encargos'.

Ainda que possam ser levadas em conta as dificuldades experimentadas pelos órgãos do governo municipal, em virtude dos períodos marcados pelo rígido controle orçamentário, de congelamento de recursos financeiros, e, não obstante já tenha havido oportunidade de me manifestar, em outros feitos, a respeito da essencialidade dos serviços prestados pela CET em contratos análogos, bem como em relação à natureza continuada desses serviços, não posso deixar de considerar que o procedimento ora analisado constituiu, sem dúvida, infringência ao disposto no artigo 167, inciso II, da Constituição Federal, que veda expressamente a realização de despesas ou a assunção de obrigações não previstas e não autorizadas na lei orçamentária.

A par disso, a irregularidade também é constatada frente às normas gerais de contratações e às normas gerais de direito financeiro aplicáveis aos Municípios.

À vista do exposto, julgo regular o Termo Aditivo nº 01/96 e regular, apenas em parte, a execução do Contrato DSV n° 09/96, até o limite dos serviços contemplados no objeto contratual e das despesas para tanto autorizadas, no montante empenhado de R$ 22.136.433,97.

Por outro lado, considerando que os serviços prestados sem cobertura orçamentária e contratual não podem integrar o objeto do ajuste, bem como indevida a cláusula de quitação consignada pela CET no correspondente instrumento, conheço o Termo de Recebimento tão-somente no que concerne aos serviços e às despesas regularmente prestados, recebidos, liquidados e pagos.

Todavia, considerando que nos dois pólos do presente feito figuraram pessoas jurídicas integrantes da mesma Administração Pública, e tendo sido comprovado que os serviços excedentes foram prestados e pagos, inclusive com aprovação do DSV quanto aos respectivos quantitativos e valores, sem a caracterização da existência de indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo de ordem financeira ao Erário Público, aceito os efeitos financeiros da despesa excedente.

Quanto à suscitada questão da acumulação remunerada de cargos, entendo, acompanhando parecer da Secretaria Geral e da Procuradoria da Fazenda Municipal, constituir matéria que extrapola o âmbito do presente feito.

Assim sendo, proponho ao Relator da matéria, no biênio 2007/2008, que seja realizado o exame da situação em autos próprios (2.316ª S.O.).

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim:

Como resulta do exame deste processado, o Termo Aditivo nº 01 ao Contrato nº 09/DSV/96, firmado entre a Prefeitura do Município de São Paulo e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, para prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito, em foco de julgamento, cuidou da alteração do prazo de vigência do ajuste originário e do valor contratual de R$ 18.857.182,39 para R$ 23.557.181,68, em virtude do aditamento de horas trabalhadas, cancelamento de saldos não utilizados, acréscimo de quantidade de serviços e inclusão de novos, tudo de conformidade com o instrumento visto por cópia às fls. 241/251 e respectivos anexos.

Essas alterações foram autorizadas pela mesma autoridade que representa as partes, contratante e contratada, do ajuste focalizado, na forma do Despacho refletido à fl. 235 do volume I. De acordo com o relatório apresentado, iniciado às fls. 315/321 e finalizado às fls. 449/452, este ratificado às fls. 484/486, após exame da defesa de Gilberto Monteiro Lehfeld, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou, em resumo, as seguintes irregularidades:

a) infringência ao artigo 167, inciso II, da Constituição Federal (Art. 167 - São vedados: [...] II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações direta que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.), que veda a 'realização de despesa ou assunção de obrigações

diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais';

b) infringência ao artigo 37 da Lei Federal nº 4.320/64 (Art. 37 - As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obediência, sempre que possível, à ordem cronológica.), pela utilização irregular de dotação orçamentária para pagamento, a título de indenização, de despesa de exercícios anteriores.

Aquele mesmo Órgão Técnico consignou, nas conclusões do relatório de fls. 449/451, irregularidade na execução contratual, ante a falta de dotação orçamentária para a realização da despesa contratada de R$ 1.420.747,71, e realização de serviços não contratados de R$ 1.786.056,07, perfazendo o total de R$ 3.206.803,78, os quais foram liquidados no valor reduzido de R$ 2.878.093,77, com utilização de crédito adicional suplementar, concedido pelo Decreto nº 38.791, de 14/12/99, em razão do valor glosado de R$ 328.710,78, tudo consoante detalha o aludido relatório.

Essas conclusões foram amplamente acatadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, no parecer de fls. 491/495, referendado pela Subchefia, no qual foram apreciadas e refutadas todas as preliminares arguidas na defesa do ex-Diretor do DSV, Gilberto Monteiro Lehfeld, às fls. 456/476, que, nas razões de mérito, não logrou afastar as irregularidades assinaladas pela Auditoria.

Por outro lado, a aplicação dos princípios da razoabilidade e da convalidação dos atos administrativos irregulares, referidos no parecer de fls. 338/339, ratificado à fl. 498, invocados para propugnar pelo acolhimento do ajuste e da execução contratual, em face da inexistência de prejuízo ao Erário, leva-me a concluir de forma diversa da aventada pela Procuradoria.

É que o princípio da razoabilidade, do qual o da proporcionalidade constitui um aspecto, exige que a Administração observe uma proporção adequada entre os meios que utiliza e as finalidades que pretende alcançar, não servindo, porém, de pretexto para descumprimento da lei e para a convalidação de atos ilegais.

Assim, em observância a esses princípios e com apoio nos elementos de convicção deste processado e, sobremaneira, nas conclusões alcançadas pela Auditoria e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, considero irregulares os Termos analisados e a execução do ajuste, aceitando, porém, seus

efeitos financeiros, em respeito, também, ao princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Deixo, todavia, de aplicar penalidade, em razão da ausência de indícios de dolo, má-fé ou prejuízo ao Erário. De parte esta questão, o presente processo, no qual são evidenciadas irregularidades na formação e execução dos ajustes analisados, é o atestado eloquente de que o 'auto contrato' ou 'Contrato consigo mesmo', cuja juridicidade tenho questionado em precedentes que transitaram por esta Egrégia Corte, é prática que deve ser erradicada da Administração Pública, porque retira ou afasta a neutralidade e independência que deve haver entre partes com interesses opostos, ainda que o objetivo seja comum ao interesse de ambas, pela possibilidade de surgirem conflitos no curso da execução e implementação dos contratos pactuados.

Bem por isso, entendo que esse assunto está a exigir uma maior apreciação e reflexão de meus doutos pares (2.316ª S.O.).

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

Cuidou-se nestes autos do exame do Termo Aditivo nº 01/DSV/96 e de Recebimento dos serviços, bem como da execução do Contrato nº 9/96, firmado pela Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, ajuste esse acolhido pelo Tribunal, consoante Acórdão de 11 de dezembro de 1996.

No julgamento "sub studio", formaram-se duas correntes, integradas pelos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Eurípedes Sales, de um lado, e, de outro, pelos I. Conselheiros Roberto Braguim e Edson Simões.

Votaram os Srs. Conselheiros da primeira corrente pela irregularidade do TA e, em parte, da execução do ajuste, até o limite dos serviços constantes do objeto contratual. Igualmente, conheceram do Termo de Recebimento tão-somente no que concerne aos serviços e às despesas regularmente prestados, recebidos, liquidados e pagos.

Os Srs. Conselheiros da segunda corrente julgaram irregulares os instrumentos e a execução contratual. Por derradeiro, consigne-se que, à unanimidade, houve aceitação dos efeitos financeiros dos ajustes, em face do respeito ao princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Acompanho a corrente formada pelos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Eurípedes Sales, e, pelas razões de fato e de direito contidas no voto do primeiro nomeado, acolho o TA 01/DSV/96 e, em parte, a execução contratual, e, ainda em parte, conheço do Termo de Recebimento.