JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.562.96-00

Tomada de preços - contrato termo aditivo - prorrogação de prazo - reajuste de preços - acolhido o contrato - não acolhida a despesa do mês de dezembro de 1997 - considerado nulo o termo aditivo 6/1/98 - lavração intempestiva - aplicada multa ao ordenador da despesa e ao secretário - recursos da Procuradoria da Fazenda e do interessado - recolhido o valor da multa pelo ordenador da despesa - conhecido e provido os recursos - cancelada a multa imposta - art. 60 Lei 4320/64 - art. 3º, Decreto nº 23.639/87

RELATÓRIO

Cuida o presente da análise do Contrato nº 03/96, celebrado entre a Secretaria Municipal da Saúde e a empresa SIGMA - System Segurança e Vigilância Ltda., objetivando a prestação de serviços de vigilância nas dependências do Centro de Controle de Zoonoses, decorrente da Tomada de Preços nº 066/96.

AUD concluiu pela irregularidade do ajuste, uma vez que a reserva de recursos ocorreu parceladamente e não foi suficiente para dar suporte às despesas do exercício de 1997, infringindo o art. 3º do Decreto Municipal nº 23.639/87 e o art. 58 da Lei Federal nº 4.320/64.

Oficiada a Origem e intimados os ordenadores da despesa a apresentarem defesa, esclareceram que os procedimentos de natureza contábil-orçamentária decorreram de orientação da Secretaria das Finanças, consignando, ainda, que a readequação levada a efeito não gerou qualquer prejuízo à Municipalidade, uma vez que o contrato continuava em vigor, e, no exercício de 1998, a reserva de recursos havia sido realizada até o seu termo final.

O Departamento de Auditoria, em nova análise, reiterou sua manifestação inicial pela irregularidade do ajuste.

A Assessoria Técnica Jurídica entendeu que, muito embora se cuidasse de determinação irregular, por parte da Secretaria das Finanças, não havia como a ordenadora da despesa não lhe dar cumprimento, sob pena de interrupção das atividades da Secretaria, concluindo, à vista das condições excepcionais que determinaram as providências efetivadas em desconformidade com as disposições da lei, e uma vez que delas não advieram prejuízos ao erário, pela relevação da irregularidade, com determinação à Origem.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento do ajuste em caráter excepcional.

Oficiado, por determinação do então Relator do processo, o Sr. Secretário das Finanças, à época, Sr. José Antonio de Freitas, em documentos encartados às fls. 105/109 dos autos, apresentou suas justificativas.

Determinou o Sr. Relator, com vistas a subsidiar o julgamento, que AUD verificasse a execução contratual, sob o aspecto contábil-orçamentário.

AUD informou que o contrato foi prorrogado pelo período de 12 meses a partir de 30.10.1997, contudo, o Termo Aditivo s/nº foi lavrado extemporaneamente em 06.01.1998, infringindo o § 1º do art. 76 da Lei Municipal 10.544/88.

As obrigações assumidas nos exercícios de 1996 e 1997 foram empenhadas, liquidadas e pagas.

Destacou, ainda, que a Origem solveu integralmente o reajuste relativo ao mês de outubro de 1997, quando o correto seria a partir de 30.10.1997, efetuando pagamento a maior de R$ 2.313,14 (dois mil, trezentos e treze reais e catorze centavos) e que a despesa relativa ao valor principal do ajuste, para o mês de dezembro de 1997, no valor de R$ 24.796,80 (vinte e quatro mil, setecentos e noventa e seis reais e oitenta centavos) foi empenhada em 1998, por conta da dotação Despesas de Exercícios Anteriores.

Concluiu pela irregularidade do contrato e do aditivo.

Oficiada, uma vez mais, a Origem deixou transcorrer "in albis" os prazos estabelecidos para sua manifestação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo acolhimento, em caráter excepcional, dos instrumentos, com recolhimento ao Tesouro, devidamente corrigido e acrescido de juros, do valor pago a maior, concernente ao reajuste.

Com relação à formalização do termo aditivo, entendeu-a desnecessária, em face do disposto na cláusula sétima do contrato, que admitia prorrogação automática do prazo contratual.

O Sr. Secretário-Diretor Geral propugnou que o fulcro da questão em exame cingiu-se à possibilidade de inclusão, como Despesas de Exercícios Anteriores, daqueles valores não atendidos no competente exercício, contemplando pagamento da prestação de serviços de vigilância, sendo os gastos a ele referentes absolutamente previsíveis, não ensejando, desta forma, a inclusão em DEA.

Contudo, não caberia atribuir responsabilidade ao ordenador da despesa, uma vez que este procedeu de forma a cumprir com normas contábeis/orçamentárias impostas por orientação da Secretaria das Finanças, tendo sido, na ocasião, efetuado o cancelamento da reserva inicial, com emissão de outra de valor inferior ao necessário para cobertura do ajuste.

Muito embora o procedimento da Origem não encontrasse amparo legal, as dificuldades financeiras enfrentadas pelo Município, ao que se poderia inferir, não teriam deixado outra alternativa a não ser recorrer ao expediente adotado, na tentativa de solução dos problemas. Manifestou-se, pois, pela relevação da impropriedade, com determinação à Secretaria das Finanças.

No que tange ao pagamento indevido de reajuste, propugnou pelo ressarcimento, devidamente corrigido seu valor, e, no que tange à extemporaneidade da lavratura do Termo de Aditamento, acompanhou o entendimento da Procuradoria da Fazenda Municipal,

quanto a sua desnecessidade, à vista do estabelecido na cláusula 7ª do ajuste que previa a prorrogação do prazo contratual, na ausência de expressa oposição das partes.

Encerrada a instrução processual vieram aos autos as manifestações da Origem, constatando-se, em análise por AUD, que a diferença apurada referente ao reajuste fora restituída aos cofres públicos, devidamente corrigida, sanando, portanto, a irregularidade apontada.

Do acrescido foi dada ciência à Procuradoria de Fazenda Municipal e à Secretaria-Diretoria Geral.

É o relatório.

VOTO

Os procedimentos contábeis e orçamentários adotados pela Origem na execução do Contrato nº 03/96 estão formalmente corretos e consentâneos com a legislação pertinente.

Perfilho, a propósito, posição adotada pelo Nobre Conselheiro Antonio Carlos Caruso, no TC 4.823.97-00, julgado em 1ª Câmara, no sentido que não há dispositivo legal que obrigue a emissão de empenho global de despesas contratuais sujeitas a parcelamento, a qual, ao contrário, é facultativa, "ex vi" do disposto no art. 60, § 3º, da Lei Federal nº 4.320/64. O empenho, isto sim, há que ser prévio, seja parcelado ou não, em face do estabelecido no "caput" do artigo mencionado, o que foi corretamente observado durante a execução do ajuste.

Por outro lado, a constituição de reserva é medida de cautela adotada pela Administração, com objetivo de não incorrer na vedação prevista no art. 167, inciso II, da Constituição Federal (que proíbe a realização de despesa que exceda os créditos orçamentários), não sendo também obrigatório que seja efetivada de maneira global para o exercício, exceto quando preceder licitação.

Quanto ao Termo Aditivo s/nº, sob o aspecto contábil-orçamentário, ressalvo, apenas, a despesa relativa ao mês de dezembro de 1997, que foi paga a título de DEA no exercício seguinte, uma vez que realizada, incidindo na vedação constante do art. 60, "caput", da Lei Federal nº 4.320/64, que proíbe terminantemente a realização de despesas sem empenho prévio.

Entretanto, concordo com a assertiva do Dr. João Alberto Guedes quando exime de responsabilidade o ordenador da despesa, posto que se tratou de procedimento determinado pelo Sr. Secretário das Finanças, autoridade encarregada do controle orçamentário.

Deveu-se, pois, ao "congelamento" imposto por aquela mesma Secretaria, impedindo que a Origem empenhasse regularmente a despesa, não obstante a suficiência de dotação.

Com efeito, tal fato encontra-se perfeitamente documentado nos autos do TC nº 3.046.99-67, relativo às contas de 1998, exercício em que foram apropriadas as despesas em análise.

No que se refere à extemporaneidade da lavratura do Termo de Aditamento, discordo da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria-Diretoria Geral, no sentido da desnecessidade de sua formalização, uma vez que a Lei Municipal nº 10.544/88 em seu artigo 84 determina que qualquer alteração contratual deverá ser previamente justificada e reduzida a termo.

Mesmo porque é entendimento deste E. Plenário que a previsão em cláusula contratual da possibilidade de prorrogação automática configura-se mera expectativa, e, por ocasião de sua concreção, faz-se necessária a lavratura de termo de aditamento precedido do despacho autorizatório.

Tudo dentro da vigência do ajuste.

Não obstante, no caso presente não houve prejuízo ao erário.

Em face, pois, de todo o exposto, VOTO pelo acolhimento dos ajustes, à exceção da despesa referente ao mês de dezembro de 1997, deixando, porém, de aplicar penalidade ao Ordenador pelas razões anteriormente expostas, determinando, à Origem que, de futuro:

1. observe cabalmente a vedação constante do art. 60, "caput", da Lei Federal nº 4.320/64, sob pena de responsabilidade;

2. autorize a prorrogação do prazo contratual e lavre o respectivo termo em tempo oportuno

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 31 de janeiro de 2001.

MARIANA P.A.Q. BARBOSA
Conselheira Substituta

VOTO DE DESEMPATE

O presente processo trata do Contrato número 03/96 e do Termo Aditivo sem número, de 6 de janeiro de 1998, objetivando os serviços de vigilância nas dependências do Centro de Controle de Zoonoses.

No que tange ao Contrato número 03/96, entendo que, no esteio da melhor doutrina, **"o empenho é o instrumento de que se serve a Administração, a fim de controlar a execução do orçamento. O empenho constitui instrumento de programação, pois, ao utilizá-lo racionalmente, o Executivo tem sempre o panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis".**

"O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é "ex ante". Pelo conceito da Lei número 4.320, não há empenho a posteriori. Empenho depois de realizada a despesa é BURLA, SUJEITA A CRIME DE RESPONSABILIDADE." (A Lei 4.320 Comentada – Instituto Brasileiro de Administração Municipal).

Outrossim, não se justificam as alegações insertas nos autos induzindo o julgamento do caso em tela à excepcionalidade ante a inexistência de notícia de prejuízo ao

erário e a impossibilidade de retorno ao estado anterior, assim como a ausência de má-fé, ainda que, à guisa de convalidação, possam ser relevados, tendo em vista que tal situação deveu-se à rigorosidade da Secretaria de Finanças em repassar recursos às suas unidades orçamentárias.

No entanto, não entendo que a irregularidade apontada no Contrato número 03/96, até os limites estipulados nas suas cláusulas contratuais, enseja a decretação de sua nulidade.

Porém, no que tange ao Termo Aditivo sem número, lavrado Contrato original, enseja a decretação de nulidade.

Ressalte-se que, nos contratos administrativos, a formalização nos termos indicados na Lei é condição de validade da avença.

É possível a substituição do termo de contrato por outros instrumentos hábeis, nos casos e condições que relaciona, porém, em que pese a possibilidade de substituição, é condição de validade do contrato a sua formalização por escrito.

Excepcionalmente, para pequenas compras de pronto pagamento, feitas em regime de adiantamento, admite-se a forma expressa verbal. NULOS SERÃO OS DEMAIS CONTRATOS VERBAIS FIRMADOS COM A ADMINISTRAÇÃO.

A Lei número 8.666/93, nos seus artigos 60 e 62, disciplina a forma de instrumentalização dos contratos administrativos, que, em regra, devem adotar a forma escrita.

Portanto, é imperioso ressaltar que a formalização dos contratos administrativos é imposta por Lei, sendo a sua observância, nas condições indicadas, requisito para que a pactuação seja válida e apta a surtir os efeitos jurídicos para que foi firmada.

No que tange à responsabilidade do Ordenador da Despesa, não cabe a esse Tribunal servir de linimento às dores e erros do Executivo, mas tão-somente analisar seus procedimentos nos limites da Constituição e das leis pertinentes.

Portanto, caberia ao gerenciador do contrato analisado, dentro de suas responsabilidades como ordenador da despesa e como sabedor da rígida contenção de repasse de verbas ordenada pela Secretaria de Finanças, reordenar os procedimentos e adequá-los à situação emergencial, esquivando-se, dessa forma, de afrontar as leis vigentes.

Isto posto, indiscutivelmente que o procedimento adotado pela Origem, com relação ao Contrato 03/96, infringiu o disposto no artigo 60 da Lei Federal número 4.320/64, assim como o inciso I do artigo 167 da Constituição Federal, no entanto, como tal infringência não enseja a sua nulidade, mas tão-somente irregularidade, pela situação criada, acompanho o voto da Relatora quanto ao seu **ACOLHIMENTO, à exceção da despesa referente ao mês de dezembro de 1997. Prejudicadas as determinações impostas à Origem**.

Com relação ao Termo Aditivo sem número, intempestivamente elaborado, acompanho o voto do Revisor, no sentido de sua nulidade.

Ao Ordenador da Despesa **APLICO** a multa de R$ 253,58 (duzentos e cinqüenta e três reais e cinqüenta e oito centavos), pelo ato negligente de omissão ou inobservância de dever que lhe competia, objetivado nas precauções que lhe eram ordenadas

pela lei e vistas como necessárias, para evitar males não queridos ou evitáveis, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Finalmente, não obstante o término do Contrato número 3/96, a relação de fato com a contratada perdurou, embora irregular perante a Lei de Licitações, fato que, ante a nulidade imposta, poderá resultar em prejuízo ao particular de boa-fé.

A atividade executada pela contratada, em favor da Administração, foi ou deve ser devidamente remunerada, ante o princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa que legalmente justifique locupletamento, quanto ao direito adquirido pelo particular que efetivamente prestou os serviços dos quais a Origem necessitava.

Dessa forma, a nulidade do Termo Aditivo sem número não respalda o serviço executado. O pagamento foi ou deverá ser efetuado, a título de indenização, nos termos do parágrafo único do artigo 59, da Lei Federal número 8.666/93, que impõe à Administração o dever de indenizar o contratado, quando declarada a nulidade do contrato, pelo que ele já houver executado.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de abril de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 6.562.96-00, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após terem sido avocados na 1.964ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES - Revisor, ROBERTO BRAGUIM e ANTONIO CARLOS CARUSO, com voto anteriormente proferido pela Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Relatora, na 1.960ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto da Relatora, bem assim pelo voto do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, acolher o Contrato 3/96, à exceção da despesa referente ao mês de dezembro de 1997, que foi paga a título de Despesas de Exercícios Anteriores no exercício seguinte, uma vez que realizada, incidindo na vedação constante do artigo 60, "caput", da Lei Federal 4.320/64, que proíbe terminantemente a realização de despesas sem empenho prévio.

Vencidos os Conselheiros EURÍPEDES SALES - Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos do Conselheiro EURÍPEDES SALES - Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, e do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, considerar nulo o Termo Aditivo de 6/1/98 que prorroga o prazo e reajusta o preço, por não ter o condão de substituir um contrato que deveria ter sido elaborado após a licitação regular.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, aplicar ao ordenador da despesa a multa de R$ 253,58 (duzentos e cinqüenta e três reais e cinqüenta e oito centavos), nos termos do artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80 e artigo 2º da Resolução 1/2001.

Vencidos a Conselheira Interina MARIANA P. A. Q. BARBOSA - Relatora, nos termos de seu relatório e voto apresentados, e o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES - Revisor, com voto na 1.964ª S.O., ROBERTO BRAGUIM e ANTONIO CARLOS CARUSO.

Ausente, nesta sessão, o Conselheiro EURÍPEDES SALES - Revisor, por motivo de saúde.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de abril de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Conselheira Interina
Relatora

VOTO DE DESEMPATE

Cuida-se de resolver empate ocorrido na Sessão Ordinária de nº 2.142ª, quando foram julgados recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho, na qualidade de Titular, no exercício de 2001, da Secretaria Municipal da Saúde.

O impasse ocorreu no exame do mérito dos apelos, porquanto os Srs. Conselheiros entenderam-nos cabíveis, em face do preenchimento dos pressupostos de admissibilidade.

A decisão posta no v. acórdão de fls. 239/240, quando do julgamento da contratação da firma Sigma System Segurança e Vigilância Ltda., na parte atacada nesta fase recursal preceituou:

a) não acolher a despesa do mês de dezembro de 1997, posto que incidente em DEA e realizada, no exercício de 1997, sem prévio empenho;

b) considerar nulo o Termo Aditivo de 6/1/98, que prorrogou o prazo contratual, reajustando o preço, uma vez lavrado intempestivamente, configurando, destarte, pacto sem a prévia e necessária licitação;

c) aplicar multa ao Ordenador da Despesa e signatário do Termo Aditivo supramencionado, Dr. Masato Yokota, D. Secretário Municipal da Saúde à época dos fatos.

O Douto Relator dos Recursos deu-lhes provimento, acolhendo a despesa executada a título de DEA, em face da política de contingenciamento levada a cabo pela Administração anterior.

No que tange ao Aditivo s/nº acolheu-o, relevando a extemporaneidade de sua lavratura à vista do contido na cláusula 7ª do ajuste original.

Pelas razões expostas, cancelou a multa aplicada, apesar do recolhimento espontâneo pelo apenado, o qual, não obstante, ao encaminhar a guia de arrecadação, fez constar, em petição juntada a fl. 256, seu inconformismo com a apenação e o não reconhecimento de quaisquer irregularidades nos atos por ele praticados.

O Nobre Conselheiro Revisor, Dr. Roberto Braguim, negou provimento aos apelos, avocando razões de seu anterior voto na decisão ora atacada.

Na ocasião, o I. Conselheiro, sem declaração de voto, acompanhou o posicionamento do Conselheiro Eurípedes Sales, que se manifestou pela nulidade, por vícios insanáveis, tanto do ajuste original, uma vez que não contemplava as despesas referentes ao exercício de 1997, quanto do Termo Aditivo, que não possuía o condão de substituir instrumento contratual que deveria ter sido elaborado após regular certame licitatório.

Os Conselheiros Maurício Faria e Edson Simões, no julgamento em pauta, votaram, respectivamente, com os Conselheiros Eurípedes Sales, pelo provimento dos recursos e cancelamento da multa e Roberto Braguim, pelo improvimento e manutenção da penalidade.

Assim relatado, profiro meu voto de desempate.

Na esteira das razões da corrente dos Conselheiros Eurípedes Sales e Maurício Faria, dou provimento aos recursos.

No que tange ao Termo Aditivo, cuja lavratura era imprescindível, a meu ver, em face de normas de Direito Administrativo, regedoras da espécie, relevo a intempestividade, tendo em foco a interpretação dada pela Origem à cláusula 7ª do contrato, que admitia a prorrogação do prazo contratual, caso não houvesse denúncia das partes.

Voto, igualmente, pelo cancelamento da multa, cuja causa de aplicabilidade se desfez com o reconhecimento e relevação dos atos praticados pelo Ordenador da Despesa.

Julgo possível sua exclusão, não obstante já recolhida aos cofres públicos, à vista do inconformismo do apenado, conforme exposto na mencionada petição de fl. 256, a qual, em meu entender, pelo princípio do informalismo dos processos administrativos poderia ter sido processada como recurso.

São Paulo, 07 de abril de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

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 ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.142ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate, ocasião em que votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos recursos interpostos.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator e MAURÍCIO FARIA, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em dar provimento aos recursos, cancelando, inclusive, a multa imposta ao Senhor Masato Yokota.

Vencidos, quanto ao mérito, os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor e EDSON SIMÕES, que negaram provimento ao apelo.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Revisor, EDSON SIMÕES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 7 de abril de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

EURÍPEDES SALES
Relator