TC nº 72-003.904.05-48

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.

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.