JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.010.657.94-66

Acompanhamento da execução contratual – determinação do acórdão que acolheu os efeitos do contrato – falta de liberação de recursos – suspensão contratual por falta de pagamento – rejeitada a execução – determinação à origem que não mais realize despesas sem a necessária previsão de recursos sob pena de responsabilidade – obedecer as disposições do artigo 73 da Lei Federal 8666/93 – recurso – PFM – política de congelamento e não liberação das cotas necessárias à cobertura das despesas efetuadas – não ocorrência de má-fé ou lesão ao erário – provimento do apelo fazendário – acolhida a execução contratual – mantidas as determinações – art. 78, XV Lei 8666/93

Relatório

Trata o presente de acompanhamento de Execução Contratual, objetivando verificar se o Contrato n.º 17/SVMA/94, celebrado entre a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente - atual Secretaria Municipal do Meio Ambiente - e a empresa NAC Natura Agrícola e Construções Ltda., foi executado a contento, conforme determinado em Sessão Plenária de 29 de março de 2000, através do venerando Acórdão de fls. 435.

Importante frisar que o ajuste teve como objeto a contratação de quinze equipes-padrão para execução de plantio de árvores e manutenção de viveiros, sendo o Contrato e seus respectivos Termos Aditivos acolhidos por este Tribunal.

No cumprimento da respeitável decisão, o Departamento de Auditoria I verificou que, embora o último Termo Aditivo tenha sido lavrado com o objetivo de prorrogar o prazo contratual até 23.10.1998, o ajuste somente produziu efeitos até 20.05.1998, data em que a execução foi suspensa, devido à falta de pagamentos pela Municipalidade (fls. 465 a 478).

Do total da despesa analisada, no montante de R$ 7.975.876,30 (sete milhões, novecentos e setenta e cinco mil oitocentos e setenta e seis reais e trinta centavos), R$ 7.332.773,53 (sete milhões, trezentos e trinta e dois mil setecentos e setenta e três reais e cinqüenta e três centavos) foram pagos, restando pendente o pagamento do valor de R$ 643.102,81 (seiscentos e quarenta e três mil cento e dois reais e oitenta e um centavos).

Manifestando-se quanto ao exame da Execução do Contrato, sob o aspecto contábil-orçamentário, AUD opinou pela sua irregularidade, face à realização de despesas sem prévia emissão de Nota de Empenho, infringindo os artigos 37 e 61 da Lei Federal n.º 4.320/64 e o artigo 5º do Decreto Municipal n.º 23.639/87.

A Secretaria de Fiscalização e Controle, em sua avaliação, endossou a manifestação da Unidade auditora, pela irregularidade da Execução Contratual.

Por minha determinação, foi oficiado à Origem para a prestação de esclarecimentos e apresentação de justificativas quanto às irregularidades apontadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte.

Em resposta, a Origem apresentou sua defesa, instruída com farta documentação, demonstrando os inúmeros pedidos de liberação de recursos encaminhados à Secretaria das Finanças, que não os disponibilizou em tempo hábil, imputando, pois, àquela Secretaria, a responsabilidade pelo descumprimento dos preceitos legais antes mencionados.

Diante da nova documentação apresentada, os autos seguiram para manifestação dos Órgãos Técnicos.

A Secretaria de Fiscalização e Controle ratificou sua posição anterior, pela irregularidade da Execução do Contrato n.º 17/SVMA/94, em face da realização de despesas sem prévia emissão de Nota de Empenho, afrontando, assim, os dispositivos legais já referidos.

Instada a manifestar-se, a AT-Jurídica, em acurado trabalho, ressaltou que o procedimento adotado pela Origem contrariou as disposições da Lei Federal n.º 4.320/64, lembrando que cabe à Unidade Orçamentária, através do ordenador da despesa, o adequado planejamento da execução do orçamento, concluindo pela irregularidade da Execução Contratual sob exame.

A Procuradoria da Fazenda Municipal louvou-se nas razões apresentadas pela Origem, entendendo restar comprovado o cumprimento das determinações legais a seu cargo, consubstanciadas na emissão de despacho autorizatório e nas reservas de recursos orçamentários, faltando, apenas, a emissão da Nota de Empenho, ato que só se realiza com a liberação da Secretaria das Finanças.

Aduziu o Órgão Fazendário que, no seu entendimento, a posição dos Órgãos Técnicos é matéria superada na presente fase processual, uma vez que a falta de emissão de Nota de Empenho já foi objeto de análise do Corpo Julgador, através do Acórdão de fls.435, questão levantada pelo Relator do processo e, em voto separado, pelo Nobre Conselheiro Edson Simões.

Concluindo, propôs a aprovação da Execução Contratual sob exame, uma vez que ausentes indícios ou comprovação de prejuízos ou prestação de serviços em desacordo com o pactuado.

A Secretaria-Diretoria Geral opinou pelo acolhimento da Execução e, a critério do Julgador, pela adoção de recomendação que entenda pertinente.

É o relatório.

Voto

Afasto, neste instante processual, em que se analisa a execução do ajuste, a questão atinente aos pagamentos realizados com infringência ao disposto no artigo 60 da Lei

Federal n.º 4320/64, eis que se trata de matéria já apreciada e julgada por este Egrégio Plenário, por via do V. Acórdão de 29 de março de 2000, que acolheu o Termo de Aditamento nº 32/97 e o Termo de Reti-Ratificação de 09 de janeiro de 1998.

À oportunidade, o r. "decisum" entendeu correta a conduta da Origem, que, fazendo prevalecer o interesse público e à vista do prejuízo que teria de suportar se ocorresse a descontinuidade dos serviços contratados - de caráter essencial - fez lavrar o aditamento então examinado, apesar da insuficiência de recursos, decorrente da política de congelamento e não-liberação das cotas necessárias à cobertura dos ajustes firmados.

Coerente com o decidido por esta Corte, considero que os vícios apontados pela Secretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Técnica Jurídica, para embasar suas conclusões pela irregularidade da execução contratual, não são hábeis para fundamentar o seu não-acolhimento, pois as alegações deduzidas implicam, ao meu ver, o indevido reexame de matéria já analisada e objeto de deliberação desta Corte.

Aduzo, porém, que os demais elementos coligidos aos autos levam-me a concluir, de igual forma, mas por outros fundamentos, pela irregularidade da execução, que se revelou tumultuada e afastada das normas legais vigentes.

Sobre o tema "execução de contrato administrativo", trago à colação, a este passo, a lição do pranteado Hely Lopes Meirelles, "in verbis":

"Executar o contrato é cumprir suas cláusulas segundo a comum intenção das partes no momento de sua celebração." (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24ª edição, 1999, pág. 207).

Por necessário, consigno que, consoante manifestação da Divisão Técnica III deste Tribunal - posteriormente confirmada pela Origem em sua defesa - a vigência do ajuste foi prorrogada até 23 de outubro de 1998, porém os serviços somente foram realizados e medidos até 20 de maio do referido ano, data em que a execução foi suspensa, por iniciativa da contratada, em razão da falta de pagamento.

De se ressaltar, sob esse ângulo, que a própria Origem entendeu assistir razão à contratada ao suspender a execução do ajuste, embasada na prescrição contida no artigo 78, inciso XV, da Lei Federal n.º 8.666/93, deixando de aplicar a multa prevista na Cláusula 9.2.3., por considerar legítima a paralisação.

Ademais, apurou a Divisão Técnica III que os serviços medidos e faturados foram da ordem de R$ 7.975.867,34 (sete milhões, novecentos e setenta e cinco mil oitocentos e sessenta e sete reais e trinta e quatro centavos), sendo liquidados e pagos R$ 7.332.773,53 (sete milhões, trezentos e trinta e dois mil setecentos e setenta e três reais e cinqüenta e três centavos), restando pendentes R$ 643.102,81 (seiscentos e quarenta e três mil cento e dois reais e oitenta e um centavos).

Anoto, ainda, que, para receber pelos serviços prestados, a contratada ajuizou ação de cobrança contra a Municipalidade.

Socorro-me, mais uma vez, do magistério de Hely Lopes Meirelles, do seguinte teor:

"O principal direito do contratado é o de receber o preço, nos contratos de colaboração (execução de obras, serviços e fornecimentos), na forma e no prazo convencionados..." (obra citada, pág 208).

Destarte, a Origem deixou de cumprir - ao não efetuar o pagamento no prazo previsto no ajuste - a Cláusula 6.1. do contrato.

De outra parte, de se salientar que não consta dos autos o Instrumento de Recebimento do objeto contratual, exigido no artigo 73, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93, no artigo 92, inciso I, da Lei Municipal n.º 10.544/88 - então vigente - e, na espécie, pela Cláusula 7.3. do ajuste.

Destarte, embora reconhecendo não ser imputável à Secretaria Municipal do Meio Ambiente a responsabilidade pelo não-pagamento parcial dos serviços, que decorreu, consoante salientado no acórdão de início citado, da política adotada pela Administração, de congelamento e não-liberação das cotas necessárias, as impropriedades apontadas impedem-me de acolher a execução examinada, conduzindo-me, ao contrário, a concluir pela sua irregularidade.

Isto posto, deixo de acolher a execução contratual, determinando à Origem que:

1) Não mais realize despesas sem a necessária previsão de recursos para suportá-las, sob pena de responsabilidade.

2) Obedeça as disposições do artigo 73 da Lei Federal n.º 8.666/93, lavrando os Termos de Recebimento - provisório e definitivo - nos ajustes de sua competência, resguardando, assim, os interesses da Administração.

É o voto.

TCM, 30 de outubro de 2002.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

Voto em separado

JULGO IRREGULAR a Execução Contratual em exame.

Não obstante, Aplico ao Ordenador da Despesa, à época do fato, a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), na forma e efeitos do disposto nos artigos 52, inciso II e 53 da Lei 9.167/80, por infringência às disposições capituladas nos artigos 37 e 61 da Lei Federal 4.320/64 e ao Decreto número 23.639/87, ou seja, ter a Origem efetivado pagamento de despesas conhecidas por meio de dotação de Exercícios Anteriores – **DEA**, assim como ter realizado despesas sem a devida cobertura das respectivas Notas de Empenho.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de outubro de 2002.

EDSON SIMÕES

Conselheiro

Voto em separado

Por determinação do V. acórdão de fls. 170 foi efetuada análise, por AUD., da execução do contrato, abrangendo os exercícios de l994 até 1998, consoante relatório de fls. 537/547.

Apontaram os técnicos do Tribunal que a execução dos serviços resultou em 44 medições no período de 24.10.94 a 20.05.98, alcançando o montante de R$7.975.876,30 (sete milhões, novecentos e setenta e cinco mil oitocentos e setenta e seis reais e trinta centavos), incluindo despesas com reajustes.

Desse total, a importância de R$1.164.523,64 (um milhão, cento e sessenta e quatro mil quinhentos e vinte e três reais e sessenta e quatro centavos) foi paga a título de DEA, e algumas despesas, parciais, foram realizadas sem prévio empenho (tais despesas estão em negrito no quadro de fls. 540/541).

Tais fatos levaram AUD a opinar pela irregularidade da execução contratual, embora para todo o restante (a sua parte maior), nada tenha sido apontado.

É-nos lícito, portanto, deduzir que os técnicos entenderam-na em termos.

Igualmente noticiaram que, na época, encontravam-se pendente de pagamento os valores discriminados no quadro de fls. 546.

Constou, ainda, do citado relatório, a informação de que o ajuste se estenderia até 23 de outubro de 1998. Entretanto, a sua execução foi suspensa em 20 de maio daquele ano, por falta de pagamento, pela contratante, o que levou a contratada a valer-se do permissivo da lei federal (art. 78, XV).

Nada foi apontado, frise-se, relativamente à realização dos serviços, donde se pode inferir que a prestação do objeto do contrato, que era o principal, foi executada, pela contratada, conforme o pactuado.

Portanto, entendo, "data venia", do Conselheiro Relator, que não pode o Tribunal embasar a rejeição da execução contratual no fato de a Administração não ter efetuado os pagamentos no devido tempo, vindo a acarretar a suspensão, quiçá, a rescisão do ajuste por legítima causa.

Isto porque a glosa do Tribunal, com a genérica rejeição da execução contratual, tal como constou do voto do I. Relator, acarretará a necessidade de se determinar a devolução, aos cofres públicos, do que foi despendido no pagamento dos serviços prestados – de resto, não contestados -, o que, me parece, não será medida justa.

Levando-se, pois em conta que os serviços foram executados pela contratada em consonância com o pactuado, voto pelo acolhimento da execução contratual.

Com a devida vênia do entendimento do Nobre Conselheiro Relator, finalizo, dizendo ser justificável a não-lavratura de Termo de Recebimento dos serviços, seja provisório,

ou definitivo, pelo fato de que o contrato não chegou a seu termo final, sendo suspenso por vontade das partes e rescindido, embora, ao que parece, informalmente, com fulcro no item XV do art. 78 da Lei 8.666/93.

Ademais, consta dos autos informação de que a questão relativa aos pagamentos encontra-se "sub judice".

Por tal razão, entendo dispensável a determinação constante do voto do Sr. Conselheiro Relator.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 06 de novembro de 2002.

MARIANA P. A. Q. BARBOSA
Conselheira Interina

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pela Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA, após vista que lhe fora concedida na 2.059ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Relator, EURÍPEDES SALES - Revisor e EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Relator, pelo voto do Conselheiro EURÍPEDES SALES - Revisor, bem assim pelo voto em separado do Conselheiro EDSON SIMÕES, em deixar de acolher a execução contratual.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Relator, EURÍPEDES SALES - Revisor, bem assim pelo voto em separado da Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA, em determinar à Origem que não mais realize despesas sem a necessária previsão de recursos para suportá-las, sob pena de responsabilidade.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Relator, EURÍPEDES SALES - Revisor, bem assim pelo voto em separado do Conselheiro EDSON SIMÕES, em determinar à Origem que obedeça às disposições do artigo 73 da Lei Federal 8.666/93, lavrando os termos de recebimento - provisório e definitivo - nos ajustes de sua competência, resguardando, assim, os interesses da Administração.

Vencidos, em parte, os Conselheiros EDSON SIMÕES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA, nos termos dos votos apresentados em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES - Revisor, EDSON SIMÕES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de novembro de 2002.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

Voto em separado

A Origem deixou de cumprir o pactuado no contrato quando não efetuou o pagamento no prazo previsto no ajuste, motivo pelo qual a execução dos serviços foi suspensa por iniciativa da Contratada. Conforme constatado nos autos, restou pendente de pagamento o valor de R$ 643.102,81 (seiscentos e quarenta e três mil cento e dois reais e oitenta e um centavos).

Portanto, os argumentos trazidos pela Recorrente não afastaram a irregularidade da Execução Contratual, razão pela qual **CONHEÇO O RECURSO INTERPOSTO**, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade e, no **MÉRITO**, **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo, na íntegra, a decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de maio de 2005.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

Voto de desempate

O recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal foi conhecido por unanimidade pelos I. Julgadores, ocorrendo empate no estudo de seu mérito.

O Nobre Conselheiro Relator, Djalma Donato, apoiando-se em manifestação da Assessoria Jurídica desta Casa deu-lhe provimento, reformando a decisão constante do acórdão de fls. 760/761, para o fim de acolher a execução do Contrato 17/94, firmado pela Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente e a firma "Nac-Natura Agrícola e Construções Ltda."

Acompanhou-o o I. Conselheiro Maurício Faria.

Em contrapartida, o Nobre Conselheiro Edson Simões, seguido, em suas razões, pelo Conselheiro Roberto Braguim, votou pelo improvimento, porquanto a contratante descumprira o pactuado, na medida em que, não efetuando o pagamento de parte dos serviços efetuados, ensejara a suspensão do contrato pela contratada, e, conseqüentemente, a irregularidade da execução contratual.

Estes os opostos posicionamentos dos I. Julgadores.

Meu **VOTO** segue a corrente dos Conselheiros Djalma Donato e Maurício Faria, dando-se provimento ao recurso fazendário.

Como bem colocou a recorrente, embasada em voto vencido, proferido por ocasião do julgamento ora guerreado, não houve, nos autos, apontamento de nenhum fator que pudesse levar à rejeição da execução contratual, a não ser o atraso de pagamento por parte da Municipalidade.

No entanto, isto se deu por circunstâncias sobejamente conhecidas, que, no passado, levaram à política de congelamento e não liberação das cotas necessárias à cobertura das despesas efetuadas, de resto reconhecidas em voto do então Relator do julgado, ora atacado, Conselheiro Roberto Braguim.

Entendo, "data venia" dos I. Conselheiros que participaram do julgamento recorrido, que o atraso no pagamento de serviços executados não poderia ser motivo de rejeição da execução contratual, que se fez abarcando todo o período contratual, desde sua lavratura, em outubro de 1994, até a suspensão dos trabalhos, oficializada em maio de 1998.

Isto porque, na interpretação dos contratos administrativos, não se pode olvidar que o seu objetivo é, sempre, o atendimento do interesse público e, no caso, o atraso dos pagamentos ocorreu por circunstâncias alheias à Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente.

O atraso apontado, em meu entender, não pode ser imputado como inadimplência para os efeitos de rejeição da execução do ajuste, mas, ao contrário, há de ser caracterizado como mora na efetivação do pagamento, mora essa purgável com as conseqüências legais pertinentes, ou seja, atualização monetária das parcelas devidas e eventual ressarcimento de prejuízos comprovados.

De resto, a obrigatoriedade da correção consta da Lei 8.666/93, na medida em que se estabelece como cláusula necessária dos contratos os 'critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e o efetivo pagamento' (art. 55, item III).

Registre-se que tal imposição legal consta do contrato aqui enfocado, no subitem 6.3 da cláusula 6ª.

Ademais, frise-se, a contratada, valendo-se do permissivo legal do inciso XV do art. 78, optou pela suspensão do cumprimento de suas obrigações, quando poderia ter escolhido o caminho da rescisão do ajuste, indicativo, na época, de sua intenção de dar continuidade ao avençado.

Destarte, concluo, pelos elementos de instrução constantes dos autos, que não havia base para a rejeição da execução contratual, tal como constou do julgado, ora guerreado.

Estas as razões pelas quais desempato o julgamento, votando pelo provimento do apelo fazendário.

São Paulo, 18 de maio de 2005.

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 2.202ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO – Relator e os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por reunir os requisitos legais à sua admissibilidade.

ACORDAM, outrossim, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos do Conselheiro Substituto DJALMA DONATO – Relator e do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor, 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 dar provimento ao recurso, reformando a decisão proferida, para o fim de acolher a execução contratual, mantendo as determinações exaradas pelo V. Acórdão recorrido. Vencidos, quanto ao mérito, os Conselheiros EDSON SIMÕES, nos termos do voto apresentado em separado, e ROBERTO BRAGUIM, os quais negaram provimento ao recurso.

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

Presente, nesta data, o Conselheiro Eurípedes Sales, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pelo Conselheiro Substituto DJALMA DONATO – Relator, na 2.202ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de maio de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

DJALMA DONATO
Relator