JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-0012.120.98-28

2º Julgado

RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregulares o Contrato e os TAs e não aceitou os efeitos financeiros. Serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito. SMT. Ausência de elemento novo. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

2.578ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 04.12.2011.

Referência Especial: 72.003.264.03-96, 72.003.345.03-96, 72.005.008.01-35, 72.005.244.01-98, 72.001.170.02-92, 72.003.018.02-07, 72.006.424.97-57, 72.001.551.04-98, 72.010.578.93-00, 72.009.968.94019, 72.006.022.97-43, 72.006.099.99-30.

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SMT. CET. Serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito. Ausências de regularidade fiscal, FGTS e CND. Insuficiência da NE. Conflito de interesses, onde contratante e contratada estão representadas pela mesma pessoa física. IRREGULARES. Efeitos financeiros ACEITOS. Aplicação de PENALIDADE. Votação por maioria.

2.326ª Sessão Ordinária

2º Julgado

ACÓRDÃO

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 2.574ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, ROBERTO BRAGUIM –

Revisor, MAURÍCIO FARIA e a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.574ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, em receber o recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, por terem sido atendidos os pressupostos para sua admissibilidade.

ACORDAM, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – 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, deixando de acatar os argumentos apresentados pela recorrente, pois não trouxeram qualquer elemento novo que pudesse modificar a decisão atacada, em negar-lhe provimento, conservando intacto o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencidos, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, nos termos do voto apresentado em separado, e a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI, que deram provimento ao recurso, para relevar as irregularidades e acolher, excepcionalmente, o ajuste e seus termos de aditamento, com aceitação de seus efeitos financeiros, mantendo, ainda, a determinação de que a Secretaria Municipal de Transportes – SMT, no futuro, cumpra atentamente a legislação em vigor, a fim de não reincidir nas mesmas irregularidades.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e a Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi anteriormente proferido pela Conselheira Substituta YARA NASCIMENTO TACCONI, na 2.574ª S.O.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de setembro de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

EURÍPEDES SALES – Relator.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria **(2.574ª S.O.)**.

Acompanho o entendimento do nobre Conselheiro Relator quanto ao conhecimento do Recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

No mérito, reitero os termos do voto por mim proferido quando do julgamento original do feito, no sentido de que as irregularidades apontadas não podem ser analisadas sem que se leve em consideração o fato de que os ajustes foram firmados entre órgãos da Administração Pública, para atendimento de um interesse público vincado pela essencialidade dos serviços, sob atribuição legal das pessoas jurídicas componentes de ambos os pólos da relação contratual, as quais, nos termos da Lei Federal n° 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), integram o Sistema Nacional de Trânsito no âmbito do Município de São Paulo.

Comungo, por conseguinte, do entendimento expressado pela Secretaria Geral concluindo que, tratando-se de ajuste firmado pela Administração Pública com entidade paraestatal por ela criada para a prestação dos serviços objeto do contrato, há, de fato, comunhão e não contraposição de interesses, entendendo estar a conduta sustentada em princípios sólidos do direito, diante, a meu ver, da prevalência doutrinária da teoria orgânica, em detrimento da teoria da representação.

Também reitero o entendimento antes expressado, quanto às demais falhas apontadas, para dar provimento ao Recurso e relevar as irregularidades, para acolher excepcionalmente o Contrato nº 02/DSV/98 e seus Termos de Aditamento de n° 1 a 7, com aceitação de seus efeitos financeiros, mantendo-se a determinação de que a Origem, no futuro, cumpra atentamente a legislação em vigor, a fim de não reincidir nas mesmas impropriedades.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões **(2.578ª S.O.).**

Cuidam os autos do **TC 12.120.98-28** da análise de recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal contra o Acórdão que julgou irregulares o Contrato nº 2/98 e os Termos Aditivos 1 e 2 de 1998 e 3, 4, 5, 6 e 7 de 1999, não aceitando seus efeitos financeiros, tendo como interessadas a Secretaria Municipal de Transportes e a Companhia de Engenharia de Tráfego e, como objeto, a prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito.

O Conselheiro Relator Eurípedes Sales conheceu do recurso e, no mérito, negou-lhe provimento, sendo acompanhado pelo Conselheiro Corregedor Roberto Braguim.

Divergiu o Conselheiro Maurício Faria que, em coerência com o voto por ele proferido em sede de julgamento original, deu provimento ao recurso para acolher excepcionalmente o contrato e os termos aditivos, aceitando seus efeitos financeiros, no que foi acompanhado pela Conselheira Yara Tacconi.

Com efeito, registrou-se empate quanto ao mérito do recurso e, consoante disposição, legal, profiro o voto de desempate.

Em coerência com o voto por mim proferido quando do julgamento original do feito e, ainda, com fundamento nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, VOTO, alinhado à corrente perfilhada pelo Conselheiro Relator Eurípedes Sales e pelo Conselheiro Roberto Braguim, restando, por maioria, negado provimento ao recurso, mantendo-se a decisão recorrida, na íntegra, por seus próprios fundamentos.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos da declaração de voto do Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, bem assim pelos votos dos Conselheiros Edson Simões, apresentado em separado, e Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em considerar irregulares o Contrato DSV 02/98 e os TAs 1º/98, 2º/98, 3º/99, 4º/99, 5º/99, 6º/99 e 7º/99, por infringência ao artigo 2º da Lei Federal 9.012/95 (ausência de Certificado de Regularidade do FGTS – CRF no Contrato DSV 02/98 e nos TAs 1º/98 e 2º/98); ao artigo 195, parágrafo 3°, da Constituição Federal (ausência de Certidão Negativa de Débito – CND nos TAs 1º/98 ao 7º/99); aos artigos 60 e 61 da Lei Federal 4.320/64 (insuficiência da nota de empenho para atender à despesa do exercício no TA 6º/99) e pela existência de conflito de interesses para celebração do ajuste, em que a contratante e a contratada estão representadas pela mesma pessoa física, Sr. Nelson Ibrahim Maluf El-Hage.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos mesmos votos, em não aceitar os efeitos financeiros do referido contrato.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que, consoante seu relatório e voto, acolheu, excepcionalmente, os mencionados ajustes, relevando as irregularidades e aceitando seus efeitos financeiros, em nome da segurança das relações jurídicas e considerando não haver nos autos indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo ao Erário. Determinou, ainda, à Secretaria Municipal de Transportes – SMT, no futuro, o atento cumprimento da legislação em vigor, a fim de não reincidir nas mesmas irregularidades constatadas no presente feito.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator, Roberto Braguim – Revisor e Eurípedes Sales, em não aplicar penalidade por não entreverem dolo ou má-fé nos atos praticados e danos aos cofres públicos. Vencido, neste particular, o Conselheiro Edson Simões, que, dadas as falhas apontadas, aplicou multa ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de maio de 2007.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Roberto Braguim – Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata-se do exame do Contrato nº 02/DSV/98, bem como dos Termos Aditivos de n°s 1 a 7, firmados entre a Secretaria Municipal de Transportes, por meio do DSV, e a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, objetivando a prestação de serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito.

Manifestaram-se os órgãos técnicos preopinantes, após a realização de diligências e das justificativas apresentadas nos autos, pela irregularidade do contrato e dos aditamentos, no seguinte sentido:

- Contrato n° 02/98 e TAs n°s 1 e 2: ausência de Certificado de Regularidade de Situação junto ao FGTS, com infringência da Lei Federal n° 9.012/95, art. 2°;

- TAs n°s 1 a 7: ausência de CND, com infringência ao artigo 195, parágrafo 3°, da Constituição Federal;

- TA n° 6: insuficiência da nota de empenho para atender à despesa do exercício, com infringência aos artigos 60 e 61 da Lei Federal n° 4.320/64.

Ainda, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, reportando-se à manifestação expendida no âmbito do TC n° 6.424.97-57, em caso análogo, reiterou seu entendimento no sentido da existência de conflito de interesses

para celebração do ajuste em que contratante e contratada estão representadas pela mesma pessoa física.

Instados a se manifestar nos autos, a Origem e o então ordenador da despesa esclareceram que a cumulação dos cargos de Diretor Técnico de Departamento do DSV com o de Presidente da CET é prática determinada pela Administração Superior, em prol do bom desenvolvimento das questões relativas ao trânsito da cidade, não estando vedada pela Constituição ou pela Lei Orgânica do Município de São Paulo. Acrescentaram que a autorização para celebração do ajuste foi dada pelo Secretário Municipal de Transportes, que aprovou sua minuta e autorizou o empenhamento da despesa. Sustentaram, ainda, a legitimidade e validade do contrato, por entenderem que emanou de sujeito competente, possuindo formalidade prevista em lei, incidindo sobre objeto possível e possuindo motivos adequados ao seu conteúdo e finalidade prevista na legislação. Ainda, informou a Origem que o Presidente da CET percebe honorários fixados pela Assembleia Geral Ordinária dos acionistas da empresa, não sendo remunerado pelo exercício do cargo de Diretor do DSV, mas somente recebendo gratificação de gabinete.

Quanto à questão relativa à comprovação de regularidade fiscal da contratada, a CET e a Secretaria Municipal de Transportes esclareceram:

> - haver a Prefeitura do Município de São Paulo, autorizada pela Lei Municipal n° 13.405, de 8 de agosto de 2002, celebrado com o INSS Termo de Amortização de Dívida Fiscal, em que foram incluídas as dívidas das sociedades de economia mista municipais, entre elas as da CET;
>
> - nos termos da Lei n° 9.639/98, haver a Prefeitura do Município de São Paulo e o INSS celebrado Termo de Amortização de Dívida Fiscal e que, de acordo com Termo Aditivo ao Termo de Amortização de Dívida Fiscal, a Prefeitura optou pela inclusão da dívida de empresas públicas e/ou sociedades de economia mista, e que, dessa forma, a dívida vem sendo amortizada;
>
> - não existir débito da CET junto à Seguridade Social, mas discussão judicial (então em fase recursal) e administrativa frente à alíquota da contribuição que lhe fora imputada, estando a CET realizando seus recolhimentos pela alíquota que entende devida;
>
> - ter sido a contratação autorizada em cumprimento ao dever público e comprometimento com a prestação dos serviços essenciais à população, impedindo a descontinuidade e quaisquer prejuízos aos cofres municipais, em nome do princípio da supremacia do interesse público e da eficiência da Administração Pública, não sendo, ademais, permitida, diante da legislação

específica e das próprias características de criação da CET, a contratação de qualquer outra empresa para realização dos serviços indicados.

Ainda, reportou-se a Secretaria Municipal de Transportes a julgado do Egrégio Tribunal de Contas da União, que, em sede de consulta, decidiu *que 'as empresas estatais prestadoras de serviço público essencial sob o regime de monopólio, ainda que inadimplentes junto ao INSS e ao FGTS, poderão ser contratadas pela Administração Pública, ou, se já prestados os serviços, poderão receber o respectivo pagamento, desde que com autorização prévia da autoridade máxima do órgão, acompanhada das devidas justificativas'* (Decisão n° 431/1997 – Plenário – TCU).

Diante das justificativas apresentadas, a Assessora de Controle Externo da AJCE concluiu pela relevância dos argumentos de defesa, em especial no que concerne à essencialidade dos serviços que são prestados pela CET. Assim sendo, e com respaldo em decisões anteriores desta Corte (TCs n°s 10.578.93-00, 9.968.94-19, 6.022.97-43 e 6.099.99-30), entendeu que os instrumentos em exame podem, em caráter excepcional, ser acolhidos, sem prejuízo de determinações.

A Auditoria, contudo, reiterou sua manifestação precedente pela irregularidade dos ajustes examinados.

Instado a se manifestar, entendeu o Assessor Chefe de Controle Externo que ficaram demonstradas nos autos a especificidade da contratação sob exame e a qualificação da CET como única empresa apta a executar os serviços de engenharia de tráfego e educação de trânsito no Município de São Paulo. Opinou, assim, pelo acolhimento dos ajustes, e, na linha do posicionamento da jurisprudência do TCU trazido para os autos, sugeriu que as futuras contratações a serem celebradas com a CET sejam precedidas de autorização prévia do Secretário Municipal de Transportes, de modo que fiquem evidenciadas a essencialidade e a singularidade do serviço a ser contratado enquanto persistir a impossibilidade de comprovação de regularidade da CET junto ao INSS e ao FGTS.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, na esteira do entendimento expressado pela Chefia da Assessoria Jurídica de Controle Externo, pronunciou-se no sentido do acolhimento dos ajustes, deixando ao elevado critério desta Corte encaminhar à Origem as recomendações que julgar pertinentes.

A Secretaria Geral, já tendo se manifestado nos autos considerando que o fato de o ajuste estar assinado pela mesma pessoa física atuando pela contratada e contratante não desconfigurou a plena garantia da incidência das cláusulas exorbitantes, na linha do seu posicionamento expressado no âmbito do TC nº 6.424.97-57, em parecer cuja cópia juntou às fls. 162/177, e acrescentando que esta Corte vem decidindo reiteradamente pela validade de contratos idênticos ao dos presentes autos, perfilhou o entendimento favorável

adotado pela chefia da AJCE e pela PFM, por entender que os esclarecimentos apresentados pela Origem são suficientes para permitir o acolhimento do contrato, não obstante as impropriedades constatadas. Invocando o princípio da proporcionalidade, concluiu pela validade da contratação autorizada em cumprimento ao dever público de prestação de serviços essenciais, que não podem sofrer solução de continuidade, sopesando ainda o fato de o contrato ter sido ajustado entre dois entes da Administração Municipal.

É o relatório.

VOTO

As conclusões dos órgãos técnicos desta Corte apontam os seguintes aspectos que, a rigor, desaconselhariam o acolhimento dos ajustes sob exame: existência de conflito de interesses para celebração do contrato assinado pela mesma pessoa física atuando pela contratante e contratada; não comprovação da regularidade da contratada frente à Previdência Social e ao FGTS; insuficiência do valor empenhado.

Não obstante, o exame das irregularidades perpetradas não pode deixar de ser feito, a meu ver, sem que se leve em consideração o fato de que os ajustes foram firmados entre órgãos da Administração Pública, para atendimento de um interesse público vincado pela essencialidade dos serviços, sob atribuição legal das pessoas jurídicas componentes de ambos os polos da relação contratual, as quais, nos termos da Lei Federal n° 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código Nacional de Trânsito), integram o Sistema Nacional de Trânsito no âmbito do Município de São Paulo.

Com efeito, o Decreto Municipal n° 37.293, de 27 de janeiro de 1998, atribui à Secretaria Municipal de Transportes, através do Departamento de Operação do Sistema Viário – DSV, órgão executivo municipal de trânsito urbano e rodoviário, na área de circunscrição do Município de São Paulo, as competências, prerrogativas e encargos previstos no Código de Trânsito Brasileiro, dispondo ainda acerca da competência do DSV para firmar contrato de prestação de serviço exclusivamente com a Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, credenciada para exercer, dentre outras, as atividades elencadas no artigo 24 do CTB.

A referência a essa delegação das atribuições relativas ao sistema de trânsito e tráfego local também se apresenta significativa para afastamento da suscitada existência de conflito de interesses a macular o ajuste.

Comungo, por conseguinte, do entendimento expressado pela Secretaria Geral no TC n° 6.424.97-57, ora reiterado, conforme minudente parecer, cuja cópia foi juntada às fls. 160/177 dos presentes autos, concluindo que, tratando-se de ajuste firmado pela Administração Pública com entidade paraestatal por ela criada para a prestação dos serviços objeto do contrato, há, de fato,

comunhão e não conflito de interesses, entendendo estar a conduta sustentada em princípios sólidos do direito, diante da prevalência doutrinária e universal da teoria orgânica, ou teoria do órgão, em detrimento da teoria da representação, bem como pela constatação da garantia do controle interno e da incidência, de forma plena e extremada, das cláusulas exorbitantes que se impõem necessárias em todos os contratos celebrados pela Administração Pública.

Destacando-se excerto da citação de Hely Lopes Meirelles, trazido à colação pela Secretaria Geral, pela teoria orgânica assume-se que *'os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem', sendo que 'a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração'.*

Já no que concerne à inexistência de comprovação, no ato da contratação, de situação de regularidade da contratada perante o INSS e o FGTS, remeto-me às razões por mim expostas em julgamentos anteriores, razão pela qual peço vênia para reiterar os fundamentos dos votos que expressei naquelas ocasiões, quando concluí pela relevação das impropriedades frente às características da contratação, por refletir, basicamente, atividades inerentes às finalidades institucionais da CET, nos termos do disposto na Lei que autorizou a sua constituição, que dispõe sobre a exclusividade da empresa para exercer, entre outras, as atividades elencadas no artigo 24 do Código de Trânsito Brasileiro. Ademais, igual entendimento é o exarado pelo Tribunal de Contas da União na Decisão 431/97-Plenária, Processo 4389/96-4. Reforço, portanto, meu entendimento no sentido de que, em tese, a contratação pela Administração Direta com empresa integrante da Administração Indireta não dispensa sua demonstração, uma vez que a mesma se encontra, de igual forma, submetida à regra contida no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal. Contudo, como já exposto, o objeto contratado se mostra essencial à continuidade do serviço público, visto que prestado com exclusividade pela empresa contratada diante de competência estabelecida em lei, não tendo a Administração outra alternativa para dar continuidade àquele serviço público de natureza essencial. A par disso, no presente caso, as justificativas prestadas pelos defendentes e os documentos por eles juntados demonstram que a CET vem cumprindo a legislação aplicável, quer quanto ao INSS quer quanto ao FGTS, efetuando os recolhimentos à Seguridade Social, a par da existência de demandas administrativas e judiciais sobre a alíquota de recolhimento devida. Ademais, há que se considerar ainda os efeitos decorrentes da Lei nº 13.405/02, que autorizou o Executivo Municipal a incluir, no acordo de amortização de dívidas para com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, as dívidas das sociedades de economia mista municipais.

Quanto ao derradeiro aspecto, acerca da anomalia de ordem orçamentário-financeira, constatada no Termo de Aditamento n° 6, o procedimento da Origem destoa das disposições constitucionais e legais em vigor, uma vez que o DSV autorizou, no exercício de 1998, a realização de despesas excedentes e sem prévio empenho, no valor de R$ 3.392.903,51, cuja cobertura orçamentária acabou sendo feita com recursos provenientes da abertura de crédito adicional pelo Decreto Municipal n° 38.474, de 18 de outubro de 1999, que

suplementou o orçamento daquele exercício na dotação 20.20.1691.573.4022 – Serviços de Engenharia de Tráfego, para liquidação, entre outras, de Despesas de Exercícios Anteriores.

O artigo 167, inciso II, da Constituição Federal, veda expressamente a realização de despesas ou a assunção de obrigações não previstas e não autorizadas na lei orçamentária. Em nível infraconstitucional, a Lei Federal n° 4.320/64, a par de estabelecer os estágios a serem observados para a regular efetivação da despesa pública (artigos 58 a 65), veda expressamente a realização de despesa sem prévio empenho, sendo que a Lei Federal n° 8.666/93 exige a previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de serviços e obras a serem executados no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma (artigo 7°, inciso III).

Contudo, e embora a situação não esteja suscitada nos presentes autos, torna-se oportuno acrescentar que a ocorrência de falhas na aplicação da Lei Federal nº 4.320/64, no período em questão, não retrata caso isolado submetido à apreciação desta Corte. Deveras, este Tribunal já teve oportunidade de examinar procedimentos da Administração Pública do Município contemporâneos ao presente, nos quais fixou entendimento no sentido de que a responsabilidade por pagamentos a título de DEA era do Executivo Municipal, uma vez que fruto de uma política de rígido controle orçamentário imposto, à época, a todas as unidades orçamentárias da Administração pela Secretaria Municipal das Finanças.

Tal sistemática restou claramente evidenciada quando da apreciação das Contas do Executivo Municipal nos exercícios de 1998 e 1999, sendo essa prática, inclusive, um dos motivos que levaram à emissão de parecer pela rejeição das contas por este Tribunal, naquele último exercício.

Não se quer com isso validar procedimento equivocado de utilização da faculdade prevista no artigo 37 da Lei nº 4.320/64, que existe unicamente para contemplar despesas que não puderam ser processadas tempestivamente ou que foram reconhecidas apenas após o encerramento do exercício.

As regras financeiras existentes acerca dos procedimentos necessários à realização de despesa no setor público são cristalinas, no sentido de resguardar os princípios da universalidade e da anualidade do orçamento.

Não obstante, o fato de se tratar de serviços essenciais e singulares prestados pela CET, aliado ao fato de a relação contratual ter-se travado entre pessoas jurídicas integrantes da mesma Administração Pública, atenua a irregularidade do procedimento, até porque evitou a caracterização de enriquecimento ilícito por parte da Prefeitura Municipal, já que a CET executou os serviços e o DSV, por meio do Termo de Aditamento n° 6, os reconheceu como efetivamente realizados nos moldes contratados.

À vista do exposto e em face da consistência das defesas, no que se refere à sustentação de que os atos anômalos não foram praticados com a intenção de infringir as normas legais, mas sim para permitir a continuidade de serviços públicos essenciais, relevo as irregularidades e acolho excepcionalmente o Contrato nº 02/DSV/98 e seus Termos de Aditamento de n° 1 a 7, para efeito de aceitação de seus efeitos financeiros, em nome da segurança das relações jurídicas e considerando não haver nos autos indícios de comportamento eivado de má-fé, dolo ou fraude, ou mesmo de prejuízo ao Erário, motivo pelo qual também me abstenho de aplicação de qualquer penalidade ao agente público responsável.

Determino, contudo, que a Origem, no futuro, cumpra atentamente a legislação em vigor, a fim de não reincidir nas mesmas irregularidades constatadas no presente feito.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Trata-se de contratação em que a mesma pessoa física, Sr. Nelson Ibrahim Maluf El-Hage, representa partes opostas no ajuste, objetivando a prestação de serviços de tráfego e educação no trânsito (Contrato nº 02/98 e Termos Aditivos nºs 1 a 7).

Sobre esse tema, concernente ao autocontrato ou contrato consigo mesmo, já me pronunciei contrariamente à idéia de que a mesma pessoa física possa, sob o prisma eminentemente jurídico, representar partes distintas e antagônicas nos ajustes celebrados sob a égide do Direito Público, em precedentes que transitaram por esta Corte, citando-se, entre outros, os TCs nºs 2.178.98-81, 5.994.96-49, além daquele lembrado pela douta Secretaria Geral às fls. 875/877, TC 6.424.97-57.

Conquanto vencido em algumas oportunidades nessa tese e vencedor em outras, continuo entendendo que esse tipo de ajuste, em qualquer campo das relações humanas, é de duvidosa moralidade, porque não me parece ético que a mesma pessoa física represente partes opostas da relação negocial, que sempre encerra uma dualidade de interesses, direitos, obrigações e deveres.

Daí porque não consigo conceber a idéia de harmonização de interesses que, via de regra, são inconciliáveis entre si, dada a própria bilateralidade e onerosidade do ajuste, seja ele particular, seja ele administrativo.

Esses aspectos são ressaltados pelo Prof. Hely Lopes Meirelles, nesta conceituação:

'O contrato administrativo é sempre bilateral e, em regra, formal, oneroso, comutativo

e realizado "intuito personae". Com isto se afirma que é um acordo de vontades (e não um ato unilateral e impositivo da Administração); é formal porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é oneroso porque remunerado na forma convencionada; é comutativo porque estabelece compensações recíprocas e equivalentes para as partes; é "intuito personae" porque exige a pessoa do contratante para a sua execução.' (Licitação e Contrato Administrativo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 163).

De outro lado, as irregularidades anotadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no relatório de fls. 788/789 (ausência de Certificado de Regularidade do FGTS, ausência de CND e Nota de Empenho insuficiente para atender à despesa do exercício), e demais manifestações lançadas nos autos não foram superadas e convenientemente justificadas pela Origem, uma vez que as Entidades da Administração Indireta do Estado não foram excepcionadas do cumprimento da regra impositiva do art. 195, § 3º, da Constituição Federal e das normas ordinárias e complementares da legislação infraconstitucional pertinente, como já tive oportunidade de evidenciar nos Processos nºs 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, cujos votos me reporto para evitar repetição desnecessária.

Por essas razões, considero irregulares os instrumentos analisados, por infringência aos dispositivos enunciados, não aceitando os efeitos financeiros, deixando, no entanto, de aplicar penalidade, por não entrever dolo ou má-fé nos atos praticados e danos aos cofres públicos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho o REVISOR quanto à IRREGULARIDADE dos atos determinativos de despesas ora analisados, contudo, dadas as falhas apontadas, aplico ao ordenador da despesa, a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento nos artigos 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.