



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

PROCESSO:	13870/2014
PROCEDÊNCIA:	SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SINOP
ASSUNTO:	CONTAS ANUAIS DE GESTÃO/2014
RELATOR:	CONSELHEIRO JOÃO BATISTA CAMARGO

PROPOSTA DE VOTO

A equipe técnica, após analisar a defesa apresentada, sanou o subitem 1.2, a irregularidade 5, e concluiu pela permanência de 05 (cinco) impropriedades, das 6 (seis) inicialmente apontadas, todas de natureza grave. As irregularidades serão analisadas a seguir, com a vinculação ao devido responsável.

JUVENTINO JOSÉ DA SILVA - ORDENADOR DE DESPESAS / Período:
01/01/2014 a 31/10/2014

- 1) JB01 DESPESAS_GRAVE_01. Realização de despesas consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público, ilegais e/ou ilegítimas (art. 15 da Lei Complementar 101/2000; art. 4º da Lei 4.320/1964).**
- 1.1) Custeio de fatura de energia em atraso, resultando na incidência de juros e multas no valor de R\$ 5.669,98 (Cinco mil, seiscentos e sessenta e nove reais e noventa e oito centavos).

Defesa do item 1.1 realizada pelo gestor

O gestor sustentou que não pode ser condenado a restituir os valores pagos a título de correção monetária, juros e multa por atraso nas liquidações das faturas de energia elétrica.

Ressaltou que caso isso ocorra será o mesmo que condená-lo às



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

penas da Lei de Improbidade Administrativa, cujo ilícito, segundo defende, não pode ser constatado no presente caso, diante da dúvida sobre os motivos que ocasionaram tais fatos.

Teceu comentários sobre a Lei nº 8.429/92 e colacionou ementas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Requeru o afastamento da irregularidade, ante a necessidade de apuração de responsabilidade pelo pagamento dos juros e multas apontados pela equipe de auditoria.

Análise da defesa pela equipe técnica – item 1.1

A equipe técnica salientou que a irregularidade propriamente dita não foi refutada pelo gestor, o qual limitou-se a sustentar eventual ausência de responsabilidade e a inaplicabilidade de sanção, em razão da inexistência de má-fé, dolo ou culpa.

A auditoria destacou que o dano ao erário, no montante de R\$ 5.669,98 (Cinco mil, seiscentos e sessenta e nove reais e noventa e oito centavos), oriundo do pagamento de juros e multas, foi comprovado de modo irrefutável no relatório técnico, conforme documentos acostados às fls. 34/60 (doc. nº 126391/2015).

Asseverou que a argumentação da defesa não tem relação com a sistemática da responsabilização do gestor de recursos públicos no âmbito dos Tribunais de Contas.

Aduziu que os Tribunais de Contas não condenam agente públicos por ato de improbidade administrativa, porque não é de sua competência condenar



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

gestores por atos dessa natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no Poder Judiciário.

Ressaltou que, eventualmente, a prática da presente irregularidade pode acarretar a condenação por ato de improbidade, mas não em processo de contas a cargo deste Tribunal, porquanto a improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público.

Noticiou que não se utilizou da Lei nº 8.429/1992 para enquadrar os atos praticados pelos responsáveis, tanto que, não há no relatório técnico, referência à Lei de Improbidade Administrativa.

Registrou que, somente a absolvição criminal, pela inexistência do fato ou por negação de autoria, vedaria a imputação de responsabilidade administrativa.

A equipe técnica explicou, ainda, que o processo de improbidade administrativa não tem relação direta com o julgamento (no caso de contas de gestão) ocorrido no Tribunal de Contas, porquanto eventual aprovação das contas não isenta o gestor de uma possível ação de improbidade administrativa. Citou o inciso II, do artigo 21 da Lei nº 8.429/92.

Destacou que no âmbito dos Tribunais de Contas o dolo ou a má-fé não constituem pressupostos indispensáveis para a responsabilização, basta a constatação da culpa *stricto sensu*.

Afirmou que não procede a alegação de ausência de comprovação de que os motivos que ocasionaram os atrasos no pagamento das faturas se deram por culpa do gestor e que na ausência de provas concretas do ato ilícito a condenação não seria aplicável.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

Observou que nas folhas 35 e 39, do doc. Nº 126391/2015, há a nota de empenho 672/00 e a ordem de pagamento 27002/00, os quais demonstram que o ordenador de despesas é o Sr. Juventino José da Silva.

Ressaltou que a omissão do Sr. Juventino, em não ordenar o pagamento tempestivo da fatura de energia, culminou com a incidência de juros e multas custeadas com recursos públicos.

Elucidou que o pleito de instauração de Tomada de Contas Especial é medida meramente protelatória, porquanto há perfeita identificação do responsável e do *quantum* que deve ser restituído.

Por fim, a equipe técnica concluiu pela **manutenção do apontamento**.

Posição deste Relator – item 1.1

O pagamento de juros e multas em atraso caracteriza dispêndio estranho à competência da instituição, sem caráter público, posto que não está abrangido pelo conceito de gasto próprio do órgão, previsto no art. 4º c/c o art. 12 da Lei nº 4.320/64.

Como é sabido, é de responsabilidade do gestor o adimplemento tempestivo das despesas, para alcançar uma gestão eficiente e alicerçada em um planejamento.

No caso, o pagamento com atraso das faturas de energia elétrica ocasionou a incidência de juros e multas, custeadas com recursos públicos no valor de **R\$ 5.669,98**, gasto efetuado em 15/09/2014, conforme quadro demonstrativo de juros e multa do relatório técnico (fls. 5/6 do doc. nº 126391/2015).



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Tal conduta evidencia a omissão do gestor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sinop, Sr. Juventino José da Silva, em não ordenar o pagamento **tempestivo** das faturas de energia elétrica.

A corroborar, a nota de empenho nº 672/00 e a ordem de pagamento nº 27002/00 (fls. 35 e 39, respectivamente, do doc. nº 126391/2015) ratificam que o gestor autorizou o pagamento das faturas de energia elétrica com atraso, o que gerou incidência de juros e multa.

Desse modo, **afasto** eventual pretensão de instauração de Tomada de Contas Especial, como pleiteia o gestor, notadamente porque há identificação do responsável, bem como do montante a ser restituído.

É sabido que **cabe ao gestor zelar e administrar com acuidade os recursos disponibilizados ao ente público**. No entanto, **o pagamento de juros e multas, concernentes a despesas de natureza contínua, revela falta de planejamento no controle dos pagamentos**.

Diante disso, entendo caracterizada a ocorrência de despesa ilegítima, razão pela qual **mantenho o apontamento e determino** ao ordenador de despesas, Sr. **Juventino José da Silva**, que **restitua ao erário, com recursos próprios**, o valor atualizado de **R\$ 5.669,98** (cinco mil, seiscientos e sessenta e nove reais e noventa e oito centavos), considerado como **fato gerador a data de 15/09/2014**.

Ato contínuo, **deixo de aplicar multa** ao Sr. **Juventino José da Silva** por entender que a determinação se mostra suficiente no caso em análise.

2) JB09 DESPESAS_GRAVE_09. Realização de despesa sem emissão de empenho prévio (art. 60 da Lei 4.320/1964).

2.1) Elaboração *a posteriori* do empenho n.º 586/2014 a favor da empresa Construtora



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Zancko Ltda. – ME, em contrário ao artigo 60 da Lei n.º 4.320/64.

Defesa realizada pelo responsável

A defesa registrou que em matérias de despesas públicas é necessária a regular contratação e empenho prévio.

Transcreveu o conceito de empenho e afirmou que a nota de empenho, juntamente com o contrato, constituiu um compromisso formal perante o credor, obedecida a fase de liquidação de despesa. Por essa razão, entendeu que sua ausência desautoriza a prestação dos serviços.

Alegou que a auditoria não comprovou que os serviços foram realizados antes da emissão da Nota de Empenho, pois, em que pese constar a mesma data na Nota de Empenho e na Liquidação, não foram consideradas as condições do contratado para realização da prestação dos serviços.

Afirmou que os serviços foram prestados por vários funcionários da contratada, e não executados por apenas um funcionário como observado pela equipe técnica.

Consignou que devem ser sopesadas a demanda pelos serviços contratados e o volume de consumidores atendidos pelo SAAES.

Esclareceu que apenas o procedimento de efetuar o empenho e a liquidação (emissão das notas) é que foram feitos na mesma data. Todavia, os serviços foram prestados entre a emissão do empenho e o efetivo pagamento da despesa.

Assegurou que não há indícios de má-fé, dolo, enriquecimento



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

ilícito ou prejuízo ao erário, mas apenas erro material. Colacionou jurisprudência no sentido de que a *“lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”*.

Por fim, requereu o afastamento da irregularidade.

Análise da defesa pela equipe técnica

A equipe técnica registrou que a defesa insiste em trazer decisões e/ou jurisprudências referentes a atos de improbidade administrativa.

Reiterou que este Tribunal não julga atos dessa natureza, os quais são de competência exclusiva do Poder Judiciário. Nesse sentido, informou, ainda, que a Lei de Improbidade Administrativa contém características e procedimentos próprios, distintos do processo administrativo que tramita nesta Corte de Contas.

Exemplificou que as menções à imprescindibilidade do dolo ou má-fé (arts. 9 e 11 da Lei n.º 8.429/92) são inaplicáveis no presente caso, pois para a imputação da sanção pelo Tribunal de Contas, basta a ocorrência da culpa *stricto sensu*.

Ressaltou que em processos de competência dos Tribunais de Contas, mais precisamente na apreciação de contas, **cabe ao gestor do recurso público o ônus da prova**, cuja conduta não foi perpetrada pelos defendentes.

A equipe de auditoria ressaltou que cabia ao gestor, responsável pela aplicação de recursos, comprovar que o empenho n.º 586/2014, efetuado em favor da empresa Construtora Zancko, não foi realizado *a posteriori*, em contrário ao artigo 60 da Lei n.º 4.320/64.

Acrescentou, ainda, que:



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

“Tal atividade não era complexa, pelo contrário, bastaria a defesa comprovar que, conforme consta nos documentos do empenho 586/2014, no intervalo de apenas 24 horas (somente durante o dia 06/08/2014), foi executado pela Construtora Zancko, a favor do SAAES SINOP, a execução de 850 horas de serviços de eletricitista, 680 horas de pintura e 580 horas de pedreiro.

Reitera-se que, para ser possível esse feito, a Construtora Zancko deveria, de forma ininterrupta, durante todo o dia e noite, ter 35 eletricitistas, 28 pintores e 24 pedreiros trabalhando de forma simultânea. Se a defesa considera que esse fato é possível de ocorrer, bastaria comprovar, mediante planilhas de execução, relação de empregados, locais onde foram realizados os serviços, que a alegação da equipe técnica é improcedente.”

Destacou a prudência da equipe técnica pois, em razão da inexistência de mais elementos no tocante ao empenho em análise, descreveu a irregularidade tão somente quanto a não emissão de empenho prévio, embora a irregularidade descrita configure indício de fraude grave.

Ressaltou que a liquidação da despesa não se limita à emissão de notas fiscais; pelo contrário, consiste em um conjunto de procedimentos que visa apurar o direito adquirido pelo credor, ou seja, se houve ou não a efetiva prestação dos serviços.

Observou que a liquidação da despesa sem a execução dos serviços descritos no empenho configura atividade irregular, pois concede um direito ao credor (recebimento de um valor da Administração Pública), em detrimento de sua inexistência.

Por fim, **concluiu pela permanência do apontamento.**

Posição deste Relator

Constato que o empenho nº 586/2014 (doc. nº 126391/2015, pág. 136), no valor de R\$ 28.057,00, em favor da empresa Construtora Zancko Ltda. -



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

ME, foi elaborado no dia **06/08/2014**.

Conforme descrito na solicitação de compras nº 554/2014, de 06/08/2014 (doc. nº 126391/2015, pág. 135), o empenho anteriormente citado se refere à prestação de serviços de eletricista (850 horas), de pintura (680 horas) e de pedreiro (580 horas).

Ocorre que no mesmo dia (06/08/2014) a despesa foi liquidada (doc. nº 126391/2015, pág. 136/137) e, no dia 12/08/2014, houve o pagamento integral, conforme Ordem de Pagamento nº 26805/00 (doc. nº 126391/2015, pág. 139).

Ora, **a ocorrência dos dois primeiros estágios da despesa, empenho e liquidação – exatamente no mesmo dia - indica que a gestão do SAAE deixou de efetuar o empenho prévio**, o que ofende o disposto no *caput* do artigo 60 da Lei nº 4.320/64, que dispõe que “*é vedada a realização de despesa sem prévio empenho*”.

Desse modo, quanto à realização de despesa sem emissão de empenho prévio, registra-se que **as justificativas do gestor não procedem**, na medida em que o ato de gestão financeira que concretiza a primeira fase da execução orçamentária do gasto público é o ato de empenho, que assegura a reserva de numerário para o adimplemento da obrigação.

Sem a prévia realização de empenho a despesa não poderá ser liquidada e paga, caso contrário, configura-se despesa irregular.

Segundo os doutrinadores J. Teixeira Machado Júnior e Heraldo da Costa Reis: “ *O conceito de empenho pressupõe anterioridade. O empenho é ex-ante. Daí o receio de ter uma definição legal de empenho meramente formal*” (Lei nº 4.320/1964 comentada, Editora IBAM, 31ª edição, pág. 144).



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

De acordo com a Lei de Finanças Públicas, não há empenho a *posteriori*, pois **nenhuma compra de bens e serviços**, ainda que para entrega futura, **deverá se realizar sem o prévio empenho** ou provisão orçamentária.

Como se vê, dentro do ciclo orçamentário, **empenha-se, liquida-se e paga-se, nesta ordem**. Tanto é que a Lei 4.320/1964 assim dispõe:

“Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente.

(...)

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

(...)

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”.

Ademais, **não procede a afirmação da defesa de que os serviços foram prestados entre a emissão do empenho e o efetivo pagamento da despesa**. Como bem consignou a equipe técnica (doc. nº 126391/2015, pág. 13):

“Deste modo, para tornar verídico a cronologia de fatos apresentada no processo de despesa em análise, deveria ter ocorrido dentro do mesmo dia 06/08/2014 a solicitação dos serviços, o empenho da despesa, a execução integral dos serviços, emissão da nota fiscal n.º 02/2014 e por fim, a conferência das atividades realizadas (estágio da liquidação).

É no mínimo incomum que no intervalo de apenas 24 horas tenham ocorrido todas as etapas supraditas. Entender de modo contrário é crer que em apenas um dia (24 horas) havia, de modo simultâneo, prestando serviços a favor do SAAES, de forma ininterrupta, durante todo o dia e noite, 35 eletricitistas, 28 pintores e 24 pedreiros. (apenas com esta quantidade de trabalhadores seria possível realizar 2.110 horas de serviços em um único dia).

Salienta-se que a eventual tentativa de construir o processo na intenção de demonstrar, mediante documentos, que a compra foi precedida de empenho, é, na maioria das vezes, infrutífera. É relativamente simples para um auditor com experiência mediana, mediante outras confrontações, identificar a ocorrência de despesa desprovida de empenho prévio”.(Grifei).



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Trata-se de ato de gestão com infração à norma legal de natureza contábil (artigo 60 da Lei nº 4.320/64), razão pela qual, em consonância com a equipe da Secex e com o Parecer do Ministério Público de Contas, **mantenho a irregularidade.**

Assim, cabe imposição de **multa de 11 UPF/MT** ao Sr. **Juventino José da Silva**, ordenador de despesas, no período de 01/01/2014 a 31/10/2014.

Consigno, ainda, que **deixo de aplicar multa** ao Sr. **Teodoro Moreira Lopes**, ordenador de despesas de 01/11/2014 a 31/12/2014, porque a irregularidade não ocorreu em sua gestão.

DEOCLECIANO DE OLIVEIRA FILHO - FISCAL DO CONTRATO / Período:
01/01/2014 a 31/10/2014

JUVENTINO JOSE DA SILVA - ORDENADOR DE DESPESAS / Período:
01/01/2014 a 31/10/2014

3) JB03 DESPESAS_GRAVE_03. Pagamentos de parcelas contratuais ou outras despesas sem a regular liquidação (art. 63, § 2º, da Lei 4.320/1964; arts. 55, § 3º e 73 da Lei 8.666/1993).

3.1) O empenho nº 543/2014, no valor de R\$ 25.166,90, efetuado a favor da empresa Construtora Zancko, foi liquidado em detrimento da apresentação de documentos suficientes para comprovar a integral e regular prestação de serviços.

Defesa realizada pelo responsável Sr. Juventino

A defesa entendeu que, apesar de os auditores, em vista *in loco*, não terem acessado as planilhas de medição nos autos do processo de despesa, é incontroverso o fato de que os serviços foram prestados, tendo em vista tratar-se e correção de calçadas, o que ficou comprovado, ainda, pelo atesto verificado



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

no verso das notas fiscais.

Argumentou, ainda, que a liquidação da despesa se inicia no momento em que o responsável atesta no verso da nota fiscal o recebimento do bem, a execução e/ou prestação do serviço após a verificação, conferência e confirmação da documentação exigida e apresentada.

Salientou que para pagamento dos contratos celebrados, cabe ao responsável encaminhar além da documentação que comprova o cumprimento das disposições legais e contratuais, as notas fiscais devidamente atestadas, as quais instruirão o processo de pagamento.

Acrescentou, também, que além dos requisitos previstos no art. 63 da Lei nº 4.320/64, mister verificar todo o processo para a constituição da despesa.

Por fim, assinalou que embora a equipe técnica tenha duvidado da efetiva prestação de serviços, em razão da ausência da planilha de medição e do curto espaço espaço de tempo entre a homologação do certame e a realização da despesa, devem ser sopesados os demais elementos e documentos juntados pelo gestor como hábeis à sua liquidação.

Pede o afastamento da irregularidade.

Defesa do Sr. Deocleciano de Oliveira Filho

Preliminarmente, convém registrar que **a defesa apresentada pelo Sr. Deocleciano (doc. nº 160372/2015) é intempestiva.**

A defesa apresentada pelo corpo jurídico que defendeu o Sr.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Juventino, apresentou os mesmos argumentos neste item, destacando-se o seguinte:

“(...) muito embora não fora encontrado durante a vista in loco as planilhas de medição nos autos do processo de despesa mencionado pela Equipe de Auditoria, é incontroverso que os serviços foram prestados, pois como se sabe, trata-se de correção de calçadas decorrente de manutenção na rede de distribuição de água do Município, corroborados pelo atesto verificado no verso das notas fiscais;

(...) a Liquidação da Despesa se inicia no momento em que o responsável atesta, no verso da nota fiscal/fatura, o recebimento do bem, a execução e/ou a prestação do serviço, ou etapa da obra ou serviço, após a verificação, conferência e confirmação da documentação exigida e apresentada;

(...) o responsável deverá encaminhar, além da documentação comprobatória do atendimento às disposições legais e contratuais, as notas fiscais, devidamente atestadas, os quais irão instruir o processo de pagamento”

Por fim, assinalou que apesar dos questionamentos da equipe técnica em duvidar da efetiva prestação de serviços, em razão da ausência da planilha de medição e do curto espaço de tempo entre a homologação do certame e a realização da despesa, devem ser sopesados os demais elementos e documentos juntados pelo gestor como hábeis à sua liquidação.

Pugnou pelo o afastamento da irregularidade e, alternativamente, conversão em determinação/recomendação (doc. 160372/2015, fl. 9).

Análise da defesa pela equipe técnica

Quando da elaboração do relatório técnico de defesa, a equipe



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

técnica consignou, naquele momento, que o Sr. Deocleciano de Oliveira Filho não havia se manifestado (fl. 15 – doc. nº 159462/2015).

Todavia, a equipe de auditoria considerou os aspectos objetivos que circundaram a defesa apresentada pelo Sr. Juventino José da Silva quanto ao mesmo item, estendendo-a ao Sr. Deocleciano de Oliveira Filho.

Inicialmente, a Secex informou que até a data da confecção do relatório de defesa (28/08/2015) não foi constatada a emissão de julgamento singular que declarasse a revelia do citado responsável.

Conforme mencionado, quando da elaboração do relatório técnico de defesa, a equipe de auditoria analisou a irregularidade imputada ao Sr. Deocleciano pelas razões e argumentações trazidas na defesa do Sr. Juventino.

A equipe técnica sustentou que competia ao gestor comprovar a regular aplicação dos recursos públicos, razão pela qual a ele cabia comprovar que os serviços, objeto do empenho nº 543/2015, foram regular e integralmente prestados.

Explicou que a auditoria requisitou ao gestor apenas que comprovasse, mediante documentos idôneos, que o serviço contratado foi executado.

Ressaltou a importância da presença de elementos mínimos que atestassem a regular prestação de serviço e que esta é uma obrigação de todo processo de despesa.

Entendeu ser inviável a pretensão da defesa de validar a liquidação apenas com uma nota fiscal e um carimbo de atesto realizado pelo servidor.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Ressaltou, ainda, o teor do item 5.7, do Termo de Referência do Pregão nº 13/2014, que deu origem à contratação da Construtora Zancko, o qual estabeleceu que para o pagamento dos serviços seria obrigatória a apresentação do relatório/medição/horas dos serviços executados nos locais em que se pretendesse receber os serviços executados.

Mencionou que todos os documentos apresentados foram analisados, porém insuficientes para validar a liquidação da despesa.

Por fim, a equipe técnica entendeu que para sanar a irregularidade, seria necessário o gestor apresentar documentos idôneos capazes de comprovar a integral e regular execução dos serviços descritos no empenho nº 543/2015, tais como: planilha de medição dos serviços; relatório que especifique os locais onde foram realizadas as 1.837 horas de serviços de pedreiro; a descrição das ações realizadas; a relação de quais pedreiros executaram as atividades, enfim, a documentação que tivesse o condão de comprovar a real execução desta atividade.

Dessa forma, **o apontamento foi mantido.**

Posição deste Relator

Nesta irregularidade, importa analisar se os gestores apresentaram documentos idôneos, capazes de comprovar que os serviços constantes no empenho nº 543/2014 foram integral e regularmente executados.

Para tanto, necessárias algumas observações. **É importante frisar que a despesa pública passa por três etapas**, quais sejam: **o empenho, a liquidação e o pagamento.**

O **empenho** é o ato administrativo emanado de autoridade competente que cria para a Administração Pública a obrigação de pagamento.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Todavia, o simples empenho não autoriza o pagamento da despesa, que somente ocorrerá após sua regular liquidação, conforme estabelece o art. 62, da Lei nº 4.320/1964.

Já a **liquidação** da despesa é a **verificação do direito adquirido pelo credor**, tendo por base os documentos comprobatórios do respectivo crédito, consoante artigo 63, §2º, incisos I, II e III, da referida lei federal:

“Art. 63

(...)

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados

terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do

serviço.” (original não destacado).

Por fim, o **pagamento** é a saída do numerário da conta única do agente pagador em favor do credor, que ocorre por meio da ordem de pagamento exarado por autoridade competente, como assim estabelece o artigo 64, da Lei nº 4.320/1964.

Relaciono, a seguir, os documentos apresentados à equipe técnica referente a esta irregularidade, os quais foram analisados por este Relator:

- 1)** *Solicitação de Compras nº 00518, de 21/07/2014, referente à prestação de serviços de pedreiro, correspondente a 1.837 horas, no valor total de R\$ 25.166,90 (doc. 126391/2015, fls. 96);*
- 2)** *Nota de Empenho 00543/00, de 21/07/2014, no valor total de R\$ 25.166,90 (doc. 126391/2015, fls. 97), assinada pelo Sr. Juventino José da Silva, ordenador de despesas;*
- 3)** *Nota de Liquidação de Empenho nº 18271, no valor total de R\$ 25.166,90 (doc. 126391/2015, fls. 98), com data de liquidação de 23/07/2014;*
- 4)** *Ordem de Pagamento nº 26692/00, em 24/07/2014, no valor de R\$ 1.006,68, em 24/7/2014, referente às despesas com serviço de conserto de calçadas, conforme licitação modalidade pregão*



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

presencial 013/2014 (doc. 126391/2015, fls. 100);

5) Ordem de Pagamento nº 26693/00, em 24/07/2014, no valor de R\$ 24.160,22, referente às despesas com serviço de conserto de calçadas, conforme licitação modalidade pregão presencial 013/2014 (doc. 126391/2015, fls. 101);

6) Cheque da Caixa Econômica Federal, em favor da Construtora Zancko Ltda. - ME, no valor de R\$ 24.160,22 (doc. 126391/2015, fls. 102).

Na verdade, **verifico que os documentos que deram suporte aos pagamentos não são hábeis para comprovar a efetiva execução da despesa.**

De forma genérica, sabe-se que **se referem à prestação de serviços, mas não estão acompanhados de documentos que comprovem que as 1.837 horas de prestação de serviço de pedreiro contratadas, no valor total de R\$ 25.166,90, foram efetivamente executadas**, tampouco de relação detalhada do local e período onde os serviços foram executados.

Referida constatação vai de encontro ao disposto no item 5.7 do termo de referência do Pregão nº 13/2014 (doc. nº 126391, fls. 105), de 24/06/2014, que deu origem à contratação da Construtora Zancko, senão vejamos:

“Para o pagamento será obrigatório a apresentação de relatório/medição/horas dos serviços executados dos locais em que se pretende receber os serviços executados”. (Grifei.).

Nesse contexto, a ausência de relatório que discrimine os serviços prestados, somada à não apresentação de documentos autorizativos para a liquidação das despesas, revela a conduta desidiosa dos responsáveis.

Ademais, ao gestor público compete o ônus de demonstrar a boa e correta aplicação dos recursos públicos, segundo entendimento e jurisprudência do Tribunal de Contas da União, *in verbis*:

“A não comprovação da lisura no trato de recursos públicos recebidos autoriza, a meu ver, a presunção de irregularidade na



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

sua aplicação. Ressalto que o ônus da prova da idoneidade no emprego dos recursos, no âmbito administrativo, recai sobre o gestor, obrigando-se este a comprovar que os mesmos foram regularmente aplicados quando da realização do interesse público. Aliás, a jurisprudência deste Tribunal consolidou tal entendimento no Enunciado de Decisão nº 176, verbis: 'Compete ao gestor comprovar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabendo-lhe o ônus da prova'.(Acórdãos 162/2004, 129/2004, 94/2004, 61/2004 e 1.498/2003 e TC-020.000/2010-3, todos da 2ª Câmara).

É inegável a obrigatoriedade da comprovação da liquidação da despesa e seu respectivo pagamento, assim como a comprovação da entrega do objeto do contrato, devendo o ordenador de despesas apresentar perante esta Corte de Contas a documentação que ateste a regularidade e a legalidade dos atos executórios, o que **não ocorreu no presente caso**.

Conclui-se que os pagamentos foram efetuados sem o necessário suporte documental, ou seja, sem que tenha sido realizada a efetiva liquidação da despesa, consoante dispõe o art. 63 da Lei nº 4.320/64.

A propósito, o art. 63 da Lei nº 4320/64 estabelece que a liquidação da despesa deve ser feita com base em documentos comprobatórios do crédito e o objetivo da regra é verificar a origem e o objeto do que se deve pagar, além da importância exata (§ 1º, inciso I).

Desse modo, os pagamentos efetuados com inobservância dessa regra de administração financeira constituem grave infração à norma legal de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial e causam injustificado dano ao erário.

O procedimento de liquidação de despesa é essencial à validade jurídica do ato de pagamento e sua omissão implica em nulidade, acarretando para o responsável a obrigação legal de ressarcimento.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

A liquidação de despesa dessa natureza exige que se reúna no processo de pagamento um conjunto de evidências de que os correspondentes serviços tenham de fato sido prestados.

Já a falta de liquidação da despesa compromete a regular aplicação dos recursos públicos auditados, pois não há garantia de que os serviços pagos foram realmente realizados.

Como se percebe, a conduta do Sr. **Juventino José da Silva**, ordenador de despesas, em determinar o pagamento do empenho nº 543/2014 (doc. 126391/2014, fl. 97) **sem a apresentação de qualquer documento ou elemento que comprovasse a execução dos serviços** contrariou o disposto nos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

Por outro lado, o Sr. **Deocleciano de Oliveira Filho**, procedeu ao atesto de recebimento dos serviços na nota fiscal nº 001, de 23/07/2014 (doc. nº 126391/2014, fl. 99), no valor de **R\$ 25.166,90**, alusiva ao empenho nº 543/2014, **sem o lastro de qualquer documento ou elemento que indicasse que os serviços, objeto da nota fiscal, foram efetivamente realizados**, cuja conduta ofende o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320/64 e no item 5.7 do Termo de Referência do Pregão nº 13/2014, quando deveria exigir, no mínimo, a descrição minuciosa das atividades empreendidas.

Assim, não resta outra alternativa a este Relator senão **determinar** aos responsáveis, Sr. **Juventino José da Silva** e Sr. **Deocleciano de Oliveira Filho**, o **ressarcimento ao erário municipal, de forma solidária**, no valor de **R\$ 25.166,90** (vinte e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e noventa centavos), em razão da ausência de documentos motivadores e autorizativos para a liquidação das despesas. A data do fato gerador é o dia 24/07/2014 (data de emissão das ordens de pagamento).



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Ato contínuo, **deixo de aplicar multa** aos gestores, por entender que o ressarcimento se mostra suficiente diante do caso concreto.

JUVENTINO JOSÉ DA SILVA - ORDENADOR DE DESPESAS / Período:
01/01/2014 a 31/10/2014

TEODORO MOREIRA LOPES - ORDENADOR DE DESPESAS / Período:
01/11/2014 a 31/12/2014

4) JB01 DESPESAS_GRAVE_01. Realização de despesas consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público, ilegais e/ou ilegítimas (art. 15 da Lei Complementar 101/2000; art. 4º da Lei 4.320/1964).

4.1) Pagamento de multa indevida, mediante o empenho n.º 905/2014 no valor de R\$ 120.000,00, a favor da empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda.

Defesa realizada pelo responsável

A defesa alegou que a presente irregularidade diz respeito à despesa empenhada, liquidada e paga em razão de obrigação contratual assumida por ocasião da celebração do Contrato Administrativo nº 023/2013, visto que o termo de rescisão ocorreu em 17/10/2014.

Aduziu que o mérito da presente discussão compreende a legalidade ou não “da previsão contratual” e “do pagamento do valor” pactuado.

Sustentou que a intenção, em fevereiro de 2014, não representava à época a certeza de que os serviços seriam efetivamente concedidos à iniciativa privada, haja vista que o trâmite burocrático, além de ser moroso, dependeria da validação ou não pelo Poder Legislativo, o que, no seu entender, convalidou a total imprevisibilidade do fato.

Argumentou que a prorrogação da vigência do contrato obedeceu os



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

12 meses e que a discussão se limita à legalidade da previsão contratual e do pagamento da multa.

Relatou que a manutenção do vínculo com a Administração está suscetível a variáveis imposições de interesse público, excetuados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Ressaltou que não há controvérsia na doutrina e a jurisprudência em caso de encerramento dos contratos administrativos, porquanto, ainda que haja justificativa capaz de validar a rescisão, a Administração não se exime de ressarcir eventuais prejuízos causados ao particular.

Justificou que quaisquer das partes que der causa à rescisão contratual antecipada incorre nas penalidades cominadas no próprio corpo do contrato.

Afirmou também que caberia à Administração sopesar o fato de que efetuar o pagamento da multa contratual suportada é infinitamente inferior à preservação do contrato até seu término.

Relatou que mesmo estando o Administrador Público em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste, na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetado, ainda que a Administração Pública se beneficie das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público.

Observou que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em garantir o direito à equação econômico-financeira, ou seja, as vantagens e os encargos devem permanecer equivalentes, tal como firmado pelas partes.

Asseverou que o contrato originário e sua consequente cláusula de



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

penalização foi respaldado por parecer jurídico favorável, ocasião em que houve a interpretação no sentido de garantir o lucro legal determinado ao contratado e a remuneração mínima pela atividade, além de investimentos decorrentes e inerentes à atividade.

Relatou que à época da Concorrência Pública nº 01/2013, que originou o contrato nº 023/2013, identificou que a inexistência da penalidade compensatória ora atacada comprometeria a justa oferta e, portanto, a realização do certame.

Sustentou que não se pode admitir que a Administração decrete por sua conveniência a rescisão unilateral do contratado e se recuse a indenizar o particular. Para tanto, colacionou decisão do TRF da 5ª região que destaca a obrigação da parte contratada de receber indenização pelos prejuízos decorrentes da paralisação do contrato.

Enfatizou que o art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93 estabelece que no caso de rescisão antecipada, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tais como danos emergentes e lucros cessantes.

Destacou que a rescisão unilateral atingiu o valor do lucro que auferiria em caso de manutenção do contrato, porquanto a proposta por ele oferecida e aceita pela Administração tinha como objetivo a execução do contrato em sua totalidade.

Ressaltou que, a rescisão unilateral ultrapassou o âmbito das prestações devidas até então, atingindo o futuro, consubstanciado nos lucros que poderiam ser percebidos, ou seja, compreende o cálculo dos “prejuízos”, correspondentes a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato (doc. nº 152353/2015, fl. 18).



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

Salientou que na lição de Marçal Justen Filho “*a Administração deverá indenizar o custo referente ao período faltante para a extinção do contrato*”.

Defendeu a indenização em razão do chamado custo de desmobilização, tais como liberação de maquinários, liquidação do passivo trabalhista, dentre outros.

Ressaltou que a Súmula 205 do TCU utiliza o termo “em princípio”, o qual não deve ser confundido com “absolutamente inadmissível”, e que a multa pactuada, na verdade, busca proteger o erário de arcar com indenização ainda maior.

Explicou que a concorrência pública que originou a contratação em discussão foi respaldada em parecer jurídico assinado pela então assessora jurídica, que opinou pela legalidade do certame e do instrumento contratual, razão pela qual sustenta que não incorreu em ilegalidade.

Comentou que para a configuração da improbidade administrativa é necessário que o agente público tenha agido com má-fé, propósitos maldosos ou desonestidade.

Transcreveu decisões a respeito da aplicação da lei de improbidade administrativa, dos Tribunais de Justiça de Mato Grosso e de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, entendeu que não restou evidenciada a não caracterização de ilegalidade ao prever multa contratual.

Análise da defesa pela equipe técnica



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Relatou que o SAAE efetuou o pagamento do valor de R\$ 120.000,00 em favor da empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda., a título de multa contratual, por meio do empenho nº 905/2014 (doc. nº 126391/2015, fls. 83/93).

Ressaltou que referida despesa foi empenhada, liquidada e paga no mesmo dia, 19/12/2014, com o seguinte histórico:

“Despesas com multa contratual de acordo com o termo de rescisão contrato nº 23/2013 – cláusula quarta de 17/10/2014 referente aos serviços técnicos da gestão comercial firmado com o SAAES”.

Noticiou que o contrato nº 23/2013, em sua cláusula quarta, assim dispõe:

“Por força de previsão contratual prevista na Cláusula Décima Sétima, Paragrafo Terceiro, e devida pela CONTRATANTE à CONTRATADA uma multa de valor igual a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato”.

Explicou que diante do item 4.1 da Cláusula 4ª e do §3º da Cláusula 17ª, do Contrato nº 23/2013, houve o pagamento de R\$ 120.000,00, a título de multa, decorrente da rescisão contratual em favor da empresa Nortec.

Ressaltou que **o valor em discussão se refere a uma multa** (sanção aplicada em virtude do descumprimento de uma regra ou obrigação), **e não à uma indenização** (restituição de gastos ou dispêndios já ocorridos).

A equipe técnica mencionou a existência do ofício nº 58/2014, encaminhado pelo Prefeito Juarez Alves da Costa ao Sr. Juventino José da Silva, Diretor do SAAE à época, o qual informava autorização de abertura de procedimento licitatório para a outorga da concessão para a prestação dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Para a equipe de auditoria, a alegação do gestor de que o recebimento do ofício nº 58/2014 não representou, à época, certeza de que os serviços de água e esgoto seriam concedidos à iniciativa privada, não deve prosperar.

No entender da auditoria, o recebimento do ofício mencionado, **em fevereiro de 2014**, comprova ciência do gestor sobre o início do processo de concessão dos serviços à iniciativa privada, tornando notória a iminente extinção das atividades do SAAE. Assim, a rescisão contratual, **ocorrida em dezembro de 2014**, não foi fruto de um evento inesperado ou abrupto.

A equipe técnica ressaltou que **o gestor do SAAE**, conhecedor da possível concessão das atividades da autarquia à iniciativa privada (fato confirmado após a homologação da Concorrência Pública nº 02/2014 – ocorrida em 03/09/2014), **teve prazo superior a 40 dias para notificar as empresas** (a rescisão do contrato nº 23/2013 ocorreu em 17/10/2014 – fls. 89/90 do doc. nº 126391/2015) **sobre necessária extinção dos contratos anteriormente firmados**, conduta exigida de um gestor médio e diligente.

Salientou, ainda, que o presente apontamento não tem relação alguma com a indenização devida pela Administração Pública ao particular.

Ressaltou que **o responsável ordenou o pagamento de uma multa** em favor da empresa Nortec, **e não de uma indenização**.

Refutou a argumentação da defesa que faz referência ao termo “indenização”, porque a questão diz respeito ao pagamento de uma multa fixada de modo antecipado no contrato.

Ponderou que se fosse realmente uma indenização bastaria à defesa apresentar o regular processo administrativo, onde há especificação dos



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

custos que estão sendo ressarcidos ao particular, como por exemplo, desmonte de estruturas, retiradas de maquinários, etc.

Rebateu a alegação da defesa de que *“a continuidade do contrato repercutiria em lesões superiores às causadas aos cofres públicos, quando da decisão rescindenda”*.

Afirmou que **o ato de autorizar o pagamento de uma multa indevida causou o comprovado prejuízo aos cofres públicos de R\$ 120.000,00.**

Explicou que o gestor deveria ter notificado a empresa no sentido de alertá-la quanto à iminente rescisão contratual, pois o Sr. Juventino José da Silva tinha conhecimento prévio da possível extinção dos serviços do SAAE.

Comentou que caberia a rescisão contratual por ocasião da data do término das atividades da autarquia, após o devido procedimento administrativo.

Esclareceu que eventuais gastos empreendidos pela empresa na desmobilização de suas atividades ou valores referentes aos serviços já realizados deveriam ser pagos à empresa, nos termos do § 2º, do artigo 79 da Lei de Licitações, circunstância distinta do pagamento de multa pré-fixada.

Afastou, também, a alegação de que o ato *“foi precedido do respaldo jurídico que validou, à época do firmamento originário, de indigitada cláusula contratual, ora atacada”*.

Assinalou que o parecer jurídico possui natureza opinativa e não é vinculante. O próprio TCU já se manifestou nesse sentido.

Refutou a decisão do TRF da 5ª região (fls. 18 do doc. nº 152353/2015), que trata de indenização devida ao particular em razão da



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

paralisação de contrato administrativo, por retratar situação distinta da ocorrida no caso concreto, qual seja, custeio de multa pré fixada no contrato.

Argumentou que os “prejuízos” sofridos pelo particular deveriam constar de procedimento administrativo específico, com o detalhamento de quais foram exatamente os danos financeiros sofridos pelo particular.

Explicou que esta Corte de Contas não julga gestores por improbidade administrativa, competência exclusiva do Poder Judiciário, e que para responsabilização neste Tribunal é prescindível demonstrar a má-fé, bastando a culpa *stricto sensu*.

Argumentou que, no caso concreto, a responsabilização do gestor é plenamente cabível, em razão do comprovado dano ao erário, materializado mediante o custeio de multa indevida a favor de particular.

Lembrou que há farta jurisprudência que atesta a inviabilidade do estabelecimento de multa em contrato administrativo.

Expôs que o apego gramatical ao texto da Súmula 205 do TCU não excluiu sua aplicação ao caso concreto.

Entendeu que é inadmissível a fixação de multa apriorística por resultar na criação de obrigação de indenizar sem a demonstração da existência de prejuízo.

Colacionou ementa do voto condutor do Resp 1112895-SP, a respeito do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sessão de 17/11/09, no tocante a possível previsão de multa em desfavor da Administração Pública.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Por fim, a equipe técnica concluiu pela **manutenção da irregularidade.**

Posição deste Relator

Primeiramente, tecerei alguns comentários antes de adentrar na irregularidade propriamente dita, que diz respeito ao pagamento indevido de multa (cláusula penal) pela rescisão de contrato administrativo, que tem por objeto a contratação de empresa especializada para execução de serviços técnicos de gestão comercial.

Pois bem, o contrato administrativo difere do contrato de direito privado, notadamente porque a **Administração Pública não pode ser privada de perseguir o seu objetivo principal**, qual seja, **o interesse público**, respeitados os limites e garantias constitucionais.

Por sua vez, **o regime de Direito Público**, ao qual é submetido o contrato administrativo, **impõe a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, de modo que**, em contratos dessa natureza, **o interesse público se sobreponha ao interesse privado.**

Pode, também, ocorrer rescisão do contrato administrativo por três formas: **unilateralmente pela Administração; amigavelmente por acordo entre as partes** ou **judicialmente.**

De modo que **a rescisão unilateral pode se dar basicamente em três situações diversas: por “culpa” do contratado** (algum tipo de irregularidade atribuível a ele); **por interesse público** ou **pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.** O art. 78 da Lei nº 8.666/1993, elenca os motivos para a rescisão do contrato.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

A presente irregularidade diz respeito ao empenho nº 905/2014 (doc. nº 126391/2015, fls. 86), de 19/12/2014, no valor de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), em favor da empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda.

Ressalto que **a referida despesa foi empenhada, liquidada e paga no mesmo dia (19/12/2014)**, diga-se de passagem, com uma rapidez incomum e com a especificação abaixo transcrita:

“Despesas com multa contratual de acordo com o termo de rescisão contrato nº 23/2013 – Cláusula Quarta de 17/10/2014, referente aos serviços técnicos da gestão comercial com o SAAES”.

Transcreve-se, por oportuno, o conteúdo da Cláusula Quarta, citada anteriormente (doc. 126391/2015, fl. 89):

“4.1. Por força de previsão contratual prevista na Cláusula Décima Sétima, Parágrafo Terceiro, é devida pela CONTRATANTE à CONTRATADA uma multa de valor igual a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato”.

Extrai-se do relatório de auditoria (doc. 126391/2015, fl. 8) o teor da cláusula décima sétima, § 3º, do Contrato nº 23/2013, cujo objeto foi a contratação de empresa especializada para execução de serviços técnicos de gestão comercial, firmado entre o SAAE de Sinop e a empresa Nortec:

“ Cláusula décima sétima – da rescisão
Este contrato poderá ser rescindido administrativamente, a critério do SAAES independentemente de interpelação judicial, mas **mediante notificação prévia à Contratada**, estabelecido o contraditório e assegurada ampla defesa à Contratada, e **sem que assista a Contratada direito a qualquer ressarcimento ou indenização**, exceto na hipótese do parágrafo 3º e com as consequências do art. 80 da lei 8.666/93, nos casos previstos no art. 78 e notadamente nos seguintes casos:
(...)
Parágrafo Terceiro – Se o contrato for rescindido por conveniência



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

do SAAES, sem que caiba a Contratada qualquer responsabilidade por culpa ou infração, o SAAES pagará a título de indenização, uma multa de valor igual a 5 % (cinco por cento) do valor total deste contrato”. (grifei)

Por sua vez, **o ofício nº 58/2014** (fl. 94 do doc. nº 126391/2015), de 12/02/2014, **encaminhado pelo Prefeito de Sinop** autorizando a abertura de processo licitatório para a outorga de concessão para a prestação dos serviços públicos municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário, **demonstra que o gestor tinha plena ciência do início do processo de concessão dos serviços de água e esgoto para a iniciativa privada, o que afasta qualquer alegação de evento inesperado.**

Da leitura das cláusulas anteriormente transcritas, conclui-se que o pagamento do empenho nº 905/2014, a favor da empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda., foi destinado à quitação da multa contratual pré-fixada, de 5% do valor total do contrato, em desfavor da Administração Pública, decorrente da rescisão contratual.

Sucedem que não se pode olvidar que o contrato foi celebrado entre o Poder Público e o particular. Desse modo, **o particular contratado não poderia ser beneficiário de cláusula penal em contrato administrativo.**

A propósito transcrevo o teor da Súmula 205 do TCU:

“Súmula nº 205. É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, **de cláusula que preveja**, para o Poder Público, **multa ou indenização**, em caso de rescisão” (grifei)

Isso porque o art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93, dispõe que nos casos de rescisão do contrato sem culpa do contratado, este será ressarcido dos prejuízos **regularmente comprovados** que houver sofrido.

Ademais, como bem observou o Conselheiro Elmo Braz, do Tribunal



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

de Contas de Minas Gerais:

“se mostra descabida a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais” (Consulta formulada pelo Prefeito Municipal de Baependi, Processo nº 837374, Rel. Cons. Elmo Braz, 24.08.11).

Desse modo, se mostra **inconcebível a fixação da multa estipulada no Contrato nº 23/2013, pelo fato de resultar em criação de obrigação de indenizar sem a demonstração da existência do efetivo prejuízo**, notadamente porque o dano material não se presume, devendo ser amplamente comprovado.

Como assinalou o Ministério Público de Contas (doc. nº 17312/2015, pág. 21):

“Vislumbra-se, pois, que a lei destinada a regular especificamente os contratos administrativos exige, para fins de indenização pelo poder público, **a efetiva comprovação da lesão sofrida pelo particular, não se admitindo presunções ou convenções**. Nessa toada, a lei exige para fins de indenização pelo poder público, a efetiva comprovação da perda monetária da empresa, como por exemplo, parcelas do contrato em atraso ou não pagas, gastos com desmonte de equipamentos ou estruturas, ou até mesmo a existência de lucros cessantes, todavia, destaca-se, são gastos comprovados a posteriori, em devido processo administrativo, não confundido-se com multa contratual ou indenização calçada em presunções ou em percentual inserido, de modo antecipado, no respectivo instrumento contratual”. (Grifei).

Ao comentar o artigo 79 da Lei nº 8.666/93, leciona Marçal Justen Filho:

“Em qualquer caso em que a rescisão não se fundamente em seu inadimplemento, o particular deverá ser amplamente indenizado. Isso se passa inclusive no caso de rescisão por conveniência da Administração (art. 78, XII). A discricionariedade da Administração circunscreve-se à apreciação da conveniência de manter (ou não) o contrato. Não há liberdade para decidir se o contratado será indenizado ou não. Inexiste discricionariedade no tocante à apuração nem quanto ao pagamento da indenização. Não se



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

faculta que a Administração decrete a rescisão unilateral por sua conveniência e simplesmente se recuse a indenizar o particular, remetendo-o ao Poder Judiciário.

O § 2º refere-se a ressarcimento por “prejuízos comprovados”. (Marçal Justen Filho, comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 112). (Grifei).

A propósito, a jurisprudência do STJ é pacífica quanto ao dever de indenização pelos prejuízos causados na hipótese de rescisão unilateral de contrato administrativo, aí compreendidos os danos emergentes e os lucros cessantes, quando a parte contratada não der causa ao distrato.

Confirmam os precedentes a seguir:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. 1. O entendimento proferido pelo Tribunal de origem encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, **impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes.** 2. Recurso especial não provido”. (Resp 1232571/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 31/03/2011).

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. 1. O entendimento proferido pelo Tribunal de origem encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes. 2. Recurso especial não provido. (Resp 1.232.571/MA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/3/2011, DJe de 31/3/2011).

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

INTERESSE PÚBLICO. CONVENIÊNCIA. ART. 78, XII DA LEI N. 8.666/93. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE CERTAME. IMPOSSÍVEL. RESSARCIMENTO DE DANOS POSSÍVEL, PORÉM NÃO PEDIDO. 1. A legislação fixa a possibilidade de que o contrato administrativo seja rescindido unilateralmente pela conveniência da administração (art. 78, caput, da Lei n. 8.666/93); no entanto, a prerrogativa deve observar estritamente as hipóteses previstas no art. 78, da Lei de Licitações e Contratos. 2. Na hipótese de rescisão por interesse público (art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93), deve haver oportunidade de manifestação ao contratado, motivação e caracterização do interesse público, bem como a apuração de perdas e danos - se for do interesse do contratado. (...) Recurso ordinário improvido." (RMS 27.759/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 14.9.2010, DJe 24.9.2010.)

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. 1. A rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes (art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2º da Lei 8.666/93), como tais considerados, não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes (CC/1916, art. 1.059; CC/2002, art. 402). Precedentes. 2. Embargos de divergência a que se dá provimento”. (REsp 737.741/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/11/2008, DJe 21/8/2009).

Com esse raciocínio, **não se afigura possível condenar a Administração com fundamento em cláusula contratual pura e simples**, sem levar em conta o disposto no art. 79, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Sopesada a presente situação fática e considerando que a rescisão contratual decorreu da concessão das atividades da autarquia à iniciativa privada, por meio da Concorrência Pública nº 02/2014, entende-se que restou prejudicada a transparência na prestação de contas, bem como a autenticidade da despesa para um eventual ilícito repasse de recursos públicos, especialmente em razão do pagamento à empresa credora Nortec, da quantia de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil).

Digno de registro que, obviamente, pode ser que a empresa credora



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

consiga comprovar que os prejuízos sofridos equivalem ao valor imposto a título de multa pela cláusula contratual controversa. No entanto, trata-se de matéria de prova.

Desta feita, comungo do mesmo entendimento perfilhado pelo Ministério Público de Contas e entendo necessário uma apuração pormenorizada da prestação de contas do Contrato nº 23/2013, referente à prestação de serviços feita pela empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda., sendo pertinente o **afastamento da impropriedade, no presente momento**, para que essa análise se torne substancial quanto ao apontamento de todos os seus responsáveis (Ordenador de despesa, Fiscal de Contrato, representantes da Conveniada, Setor Jurídico etc.) e, ainda, de todas as incursões que possam ter gerado dano ao erário e/ou administração irregular dos recursos repassados.

Por este motivo, em sintonia com o Parecer do Ministério Público de Contas, **converto a presente irregularidade em determinação**, no sentido de instaurar **Tomada de Contas Ordinária** por parte da 1ª Secex, com o intuito de que **seja apurada a prestação de contas do Contrato nº 23/2013, firmado com a empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda.**, bem como a **verificação** de eventual ocorrência de má administração do erário e aplicação ilegítima de recursos públicos.

Por conseguinte, **torna-se imperiosa a citação de todos os responsáveis pela prestação de contas do referido Contrato nº 23/2013**, integrantes tanto da parte contratada quanto da parte contratante (Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sinop).

Após a conclusão da Tomada de Contas Ordinária, referente à prestação de contas do Contrato nº 23/2013, **determino** o encaminhamento de cópia do referido processo ao Ministério Público Estadual para adoção das medidas cabíveis.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joabatista@tce.mt.gov.br

JUVENTINO JOSE DA SILVA - ORDENADOR DE DESPESAS / Período:
01/01/2014 a 31/10/2014

SERGIO DAL MASO - RESPONSÁVEL CONTÁBIL / Período: 01/01/2014 a 31/12/2014

6) DB14 GESTÃO FISCAL/FINANCEIRA_GRAVE_14. Não retenção de tributos, nos casos em que esteja obrigado a fazê-lo, por ocasião dos pagamentos a fornecedores (art. 11 da Lei nº 101/2000).

6.1) Não houve retenção de IRPF – Imposto de renda sobre pessoa física relativo ao empenho n.º 349/2014 pago ao credor André Luiz Teixeira Costa, acarretando prejuízo ao erário no valor de R\$ 1.281,14.

Defesa realizada pelo responsável

Inicialmente, a defesa pugnou que este Tribunal leve em consideração o Princípio da Razoabilidade, sob alegação de que não foi cogitado desvio de recursos públicos, decorrente da prestação dos serviços, objeto da despesa realizada.

Citou que no relatório técnico preliminar consta o projeto básico, o qual demonstra que a prestação de serviços foi efetuada a contento.

Quanto à ausência de retenção do tributo municipal sobre a prestação de serviços, afirmou que se trata de um caso isolado, porque não foi demonstrada a intenção do responsável em causar lesão ao erário, especialmente porque o prazo prescricional não foi ultrapassado.

Concluiu que não há indícios de má-fé, dolo, enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas apenas erro material. Colaciona ementa do voto condutor do RESP 213994/MG.



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

Pediu que a irregularidade fosse convertida em recomendação, a fim de que pudesse adotar medidas no sentido de efetivar o lançamento do crédito tributário.

Análise da defesa pela equipe técnica

Preliminarmente, a equipe de auditoria ressaltou que a decisão citada na defesa (REsp nº 213994/MG) refere-se à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, o que a torna inócua para o deslinde da questão.

Afastou o argumento de não demonstração de má-fé ou dolo, porque para a responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas basta a ocorrência da culpa *stricto sensu*.

Salientou que a correta retenção do imposto de renda é de suma importância, uma vez que constitui receita municipal, conforme art. 158, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Assinalou que, quando não ocorre a devida retenção, perde-se um recurso líquido e certo que ingressaria nos cofres públicos no momento do pagamento ao fornecedor.

Afirmou que retenções desta natureza, principalmente nos pagamentos direcionados à pessoa física, são de fácil percepção.

Registrou que a possível alegação da inexistência de prejuízo ao erário é impertinente.

Explicou que, se a pessoa física incluir o valor recebido em sua declaração anual de ajuste, após as deduções e cálculos, o valor do imposto irá diretamente para a União, e somente uma ínfima parcela desse valor retorna aos



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

cofres do município de Sinop/MT, indiretamente via FPM – Fundo de Participação dos Municípios.

Concluiu que a ocorrência de dano ao erário restou configurada, ao considerar que a gestão não comprovou que o imposto de renda, que deveria ser retido pelo SAAES, foi pago diretamente pelo credor à Receita Federal.

Dessa forma, a equipe de auditoria **manteve o apontamento.**

Posição deste Relator

Quanto à não retenção de Imposto de Renda sobre pessoa física detectada pela equipe técnica, embora o referido imposto seja de competência originária da União, importa ressaltar que pertence aos municípios o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos a qualquer título por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem (art. 158, inciso I, da CF).

Constata-se que em 30/04/2014, o SAAES efetuou o pagamento do empenho nº 349/2014 (doc. nº 126391/2015, fl. 108), no valor de R\$ 7.820,00, a favor do Sr. André Luiz Teixeira Costa. Todavia, **não procedeu a retenção do IRPF** – Imposto de Renda Pessoa Física, **no valor de R\$ 1.281,14.**

A propósito, **o próprio gestor reconhece o apontamento** ao afirmar que *“não houve desvio de recursos, apenas a não retenção do tributo”*. (doc. nº 168877/2015, fl. 32).

A Nota Fiscal de Serviços Eletrônica Avulsa (doc. nº 126391/2015, fl. 111) comprova que os serviços referentes ao projeto de abastecimento de água foram prestados, conforme se pode observar no atesto firmado pelo Sr. Deocleciano



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

de Oliveira Filho, em 30/04/2014.

Portanto, **a omissão do ordenador de despesas e do responsável contábil do SAAE-SINOP em reter o tributo, configura renúncia de receita, porque o imposto de renda retido na fonte é receita tributária pertencente ao município**, de acordo com o artigo 158, inciso I, da CF/88, citado anteriormente.

A par disso, **considerando que a gestão não logrou êxito em comprovar que eventualmente o imposto de renda que deveria ser retido pelo SAAES foi pago diretamente pelo credor à Receita Federal**, ou ainda, qualquer outra prova hábil a comprová-lo, tem-se caracterizada a ocorrência de **dano ao erário** e, por consequência, **a manutenção do apontamento**.

Ato contínuo, cabe determinação de **restituição, de modo solidário**, aos responsáveis, Srs. **Juventino José da Silva e Sérgio Dal Maso**, no valor de **R\$ 1.281,14** (data do fato gerador **30/04/2014**), com recursos próprios. **Deixo de aplicar multa** aos gestores por entender que as determinações de restituição se afiguram suficientes ao caso concreto.

Também entendo necessário expedir **determinação** de remessa dos autos à Receita Federal do Brasil, para que adote as medidas que entender necessárias, diante da ausência de retenção do IRRF do contribuinte pessoa física, Sr. André Luiz Teixeira Costa.

Assim, pelos precedentes argumentos, **acolho parcialmente** o Parecer Ministerial nº **6.097/2015**, subscrito pelo Procurador de Contas Dr. Getúlio Velasco Moreira Filho e apresento a proposta de **VOTO** no sentido de:

a) JULGAR REGULARES, COM DETERMINAÇÕES DE RESTITUIÇÃO DE VALORES AO ERÁRIO e APLICAÇÃO DE MULTA, as contas



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

anuais de gestão do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sinop, referentes ao **exercício de 2014**, sob responsabilidade do Sr. **JUVENTINO JOSÉ DA SILVA** (01/01/2014 a 31/10/2014) e do Sr. **TEODORO MOREIRA LOPES** (01/11/2014 a 31/12/2014), com fundamento no art. 21, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 269/07 (Lei Orgânica do TCE/MT) e arts. 191, II c/c 193 do Regimento Interno do TCE/MT;

b) APLICAR MULTA de 11 UPF/MT ao Sr. Juventino José da Silva, pela realização de despesa sem emissão de empenho prévio, com base no art. 75, inciso IV da Lei Complementar Estadual nº 269/07 (Lei Orgânica do TCE/MT) c/c o art. 289, inciso III do Regimento Interno TCE/MT e no art. 6º, II, “a”, da Resolução Normativa TCE/MT nº 17/2010 (**Irregularidade nº 2**).

c) DETERMINAR ao Sr. Juventino José da Silva que restitua ao erário, com recursos próprios, o valor atualizado de **R\$ 5.669,98** (cinco mil, seiscentos e sessenta e nove reais e noventa e oito centavos), considerado como **fato gerador** a data de **15/09/2014**, em razão do pagamento de juros e multa em fatura de energia em atraso;

d) DETERMINAR aos Srs. Juventino José da Silva e Deocleciano de Oliveira Filho, o ressarcimento ao erário municipal, de forma solidária e com recursos próprios, o valor de **R\$ 25.166,90** (vinte e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e noventa centavos), em razão da ausência de documentos motivadores e autorizativos para a liquidação das despesas (data do fato gerador 24/07/2014).

e) DETERMINAR a restituição, de modo solidário entre os responsáveis, Srs. **Juventino José da Silva e Sérgio Dal Maso**, do valor de **R\$ 1.281,14** (data do fato gerador **30/04/2014**), pela não retenção de IRPF.

f) DETERMINAR a instauração de Tomada de Contas Ordinária, a



Gabinete do Conselheiro Substituto
João Batista de Camargo Jr
Telefone: 3613-2938
e-mail: joaobatista@tce.mt.gov.br

ser realizada pela equipe técnica da 1ª Secex desta Corte, a fim de que seja apurada a prestação de contas do Contrato nº 23/2013, firmado com a empresa Nortec – Consultoria, Engenharia e Saneamento Ltda., bem como a verificação de eventual ocorrência de má administração do erário e aplicação ilegítima de recursos públicos.

g) DETERMINAR, após a conclusão da Tomada de Contas Ordinária, referente à prestação de contas do Contrato nº 23/2013, o encaminhamento de cópias do referido processo ao Ministério Público Estadual, para adoção das medidas cabíveis.

h) DETERMINAR a remessa dos autos à Receita Federal do Brasil, para que adote as medidas que entender necessárias, diante da ausência de retenção do IRRF do contribuinte pessoa física, Sr. André Luiz Teixeira Costa.

É a proposta de voto.

Cuiabá- MT, 19 de novembro de 2015.

João Batista de Camargo Júnior
Conselheiro Substituto

Certifico que o presente documento
encontra-se assinado digitalmente¹

¹ Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa Nº 9/2012 do TCE/MT.