



PROCESSO : 6.502-1/2015 (AUTOS DIGITAIS)
PRINCIPAL : SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO
ASSUNTO : RECURSO ORDINÁRIO (ACÓRDÃO nº 755/2019 – TP)
RECORRENTES : BRUNO CORDEIRO RABELO
HELP VIDA PRONTO SOCORRO MÓVEL DE CUIABÁ LTDA
MARCOS ROGÉRIO LIMA PINTO E SILVA
S.O.S. RESGATE LTDA
ADVOGADOS : MAURICIO MAGALHÃES FARIA NETO - OAB/MT nº 15.436
MURILLO BARROS DA SILVA FREIRE - OAB/MT nº 8.942
MARCOS ROGÉRIO LIMA PINTO E SILVA - OAB/MT nº 10.205
CHRISTIANO ALEXANDRE GONÇALVES - OAB/MT nº 16.123
RELATOR : CONSELHEIRO JOSÉ CARLOS NOVELLI
ANALISTA : CARLOS ALEXANDRE PEREIRA

Senhor Secretário,

Trata-se de **Recurso Ordinário** impetrado pelos advogados dos responsáveis acima relacionados, em face do **Acórdão nº 755/2019 - TP**, que julgou PROCEDENTE a Representação de Natureza Interna - RNI, elaborada pela então SECEX da Quinta Relatoria, e **condenou os recorrentes pelas irregularidades**, a saber: **HB 10 Contrato Grave e JB 01 Despesa Grave**, com expedição de determinações, entre elas, a de restituição ao erário, recomendações e aplicação de multa sobre o valor do dano.

No **Relatório Técnico de Recurso da SERUR**¹ não foi analisado o Recurso Ordinário² interposto pela **empresa S.O.S. Resgate Ltda**, neste ato representada por seu advogado constituído, Sr. Christiano Alexandre Gonçalves (OAB/MT nº 16.123-A).

O eminente relator realizou exame de admissibilidade deste recurso às fls. **1 a 4 da DECISÃO nº Doc. 196050/2021**, acolhendo a peça **nos efeitos devolutivo e suspensivo**, presentes também os requisitos subjetivos e objetivos de cabimento.

¹ Documento Digital nº 128662/2021

² Documento Digital nº 252203/2019.



Dessa forma, a fim de que sejam realizadas as análises individualizadas do recorrente, bem como das contrarrazões apresentadas, segue a manifestação dessa unidade técnica quanto ao mérito do recurso interposto pela empresa S.O.S Resgate Ltda.

1. INTRODUÇÃO

Como bem pontuado pelo conselheiro relator, por ocasião do trâmite processual decorrente da análise e do julgamento dos embargos, várias peças foram produzidas no bojo deste processo e apenas os recursos interpostos em 2021 foram conhecidos e analisados pela Serur e pelo MPC, estando pendente o Recurso Ordinário em tela, interposto em 2019, sobrestado em razão da análise dos aclaratórios.

No Relatório Técnico de Recurso da SERUR (doc. digital nº 128662/2021), opinou-se pelo provimento parcial do **Acórdão nº 755/2019 – TP**, para reforma quanto aos **itens “III”, “IV” e “V”**, ressaltando-se que, permaneciam inalterados as demais determinações e recomendações legais do acórdão atacado.

2. SÍNTESE DO PEDIDO

A empresa S.O.S Resgate pleiteia, em síntese, o provimento total de seu recurso, com o afastamento da determinação de restituição ao erário no valor de **R\$ 5.258.543,85** e, conseqüentemente da multa de 10% sobre o valor do dano e alternativamente, requer que seja instaurada Tomada de Contas Ordinária.

3. ANÁLISE DO PEDIDO

Segundo Marçal Justen Filho³, a **equação econômico-financeira** do contrato administrativo deve ser compreendida de forma **ampla**.

³ MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 718, 12ª ed., Dialética, 2008



Significa que o equilíbrio da equação deve levar em conta, de um lado, o conjunto dos encargos previstos no edital (i.e., todos os encargos) e, de outro, o conjunto de vantagens que o particular previu em sua proposta (i.e., todos os aspectos da remuneração, tais como prazos e forma de pagamento).

Não é por outro motivo, afinal, que a norma **constitucional** que garante essa **intangibilidade** (art. 37, inc. XXI) impondo o respeito às condições efetivas da proposta oferecida pelo particular.

Não se olvida que o Direito consagra a mutabilidade dos contratos administrativos. Todavia, é certo que essa característica opera somente com relação às cláusulas regulamentares. No tocante às cláusulas **financeiras** dessas contratações, opera a **intangibilidade**.

Não fosse assim, o risco assumido pelos particulares que contratam com o Poder Público seria de tal ordem que **inviabilizaria a formulação de propostas** condizentes com os preços correntes de mercado. Toda contratação administrativa abrangeria a álea extraordinária – o que inclui tanto a álea administrativa (derivada da atuação da Administração contratante, por fato da Administração, ou do Poder Público de modo geral, por fato do príncipe), quanto a álea econômica (derivada de circunstâncias imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis e externas ao contrato, alheias à vontade das partes, que ensejam a aplicação da teoria da imprevisão), conforme leciona MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Direito Administrativo, 19ª ed., Atlas, 2006, p. 280 e seguintes.

A busca da Administração pelo **preço mais vantajoso restaria frustrada** pela provável postura defensiva (e legítima) dos particulares, que formulariam propostas com preços tão elevados quanto necessário para evitar, além dos riscos normais às atividades empresariais e ao mercado (álea ordinária), os riscos extraordinários e imprevisíveis. Haveria um acréscimo automático e indesejado nos custos de transação.



Assim, “É muito mais vantajoso convidar os interessados a formular a menor proposta possível: aquela que poderá ser executada se não se verificar qualquer evento prejudicial ou oneroso posterior. Concomitantemente, assegura-se ao particular que, se vier a **ocorrer o infortúnio, o acréscimo de encargos será arcado pela Administração**. Em vez de arcar sempre com o custo de eventos meramente potenciais, a Administração apenas responderá por eles se e quando efetivamente ocorrerem. Trata-se, então, de reduzir os custos de transação atinentes à contratação com a Administração Pública.”⁴

Acerca do direito ao equilíbrio econômico-financeiro de ambas as partes, professa Niebuhr (2013, p. 883):

Os **contratados** costumam invocar com mais frequência o **direito ao equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, porque os **insumos** utilizados por eles e os seus custos em geral são **frequentemente majorados**, o que confere a eles o direito à majoração da contraprestação devida pela Administração.

Necessário pontuar, ainda, **o equívoco na aplicação da Resolução de Consulta TCE-MT 69/2011** constante nos autos, já que tal entendimento de natureza normativa tem associação com a hipótese distinta de acumulação de reequilíbrio econômico-financeiro por reajuste de preços, juros de mora e correção monetária.

Cumprе salientar que, ainda que ausente a previsão contratual ou editalícia não prejudicaria a aplicação do restabelecimento, uma vez que, esta regra tem natureza ou **origem na própria norma constitucional**.

Acerca da previsão contratual, professa Justen Filho que “o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da contratação não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a **ausência de previsão ou de autorização é irrelevante**”.

⁴ MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pág. 718, 12ª ed., Dialética, 2008



A partir dessa reflexão, cumpre salientar que a inteligência que trata o equilíbrio econômico-financeiro vem para tutelar o direito insculpido na própria Constituição Federal. Desta forma não vem ao caso à lembrança ou a boa vontade da Administração, devendo o mesmo respeitar o direito adquirido pelo contratado.

Para colher **elementos** para uma **eventual condenação ressarcitória**, portanto, deve-se ter uma **análise minuciosa** com base no **valor de mercado** dos itens, pois as contratações de serviços contínuos com vigência superior a um ano, podem **sofrer variações de preço** devido a fatos previsíveis, porém de **consequências incalculáveis**, com base da **teoria da imprevisibilidade**.

Para o TCU, Acórdão TCU 1.377/2021 – Plenário, **não** é possível imputar débito com base em **sobrepço** de itens isolados da **planilha** contratual.

A aferição quanto à **adequabilidade do preço** contratado deve perpassar por uma **avaliação mais abrangente da avença**, permitindo-se, em geral, compensações de itens com sobrepço e itens com subpreço.

Sob esse prisma, observa-se as especificidades do contrato constante nos autos, as quais envolvem não só a aquisição de itens de insumos, mas também o emprego de mão de obra especializada.

Portanto, **não** deverá ser promovida a **avaliação de dano** ao erário com base meramente em **valores tabelados**, que neste caso **seria impossível com base simplesmente no índice INPC**, e sim uma **real análise de mercado**.

Ressalte-se também que “**a boa-fé se presume**; a má-fé se prova”.

Logo, se não houver prova no sentido de que existiu a má-fé, a existência da boa-fé é presumida. Trata-se de um dos princípios gerais do direito.



Isso posto, mantém-se a opinião disposta no anterior Relatório Técnico de Recurso⁵, que conclui que o valor do **suposto dano ao erário encontra-se desprovido de fundamentação**, sendo, portanto, necessário **afastar a irregularidade apontada, bem como afastar a restituição do montante de R\$ 5.258.543,85 e as multas decorrentes.**

E mais, com a finalidade de auxiliar o eminente julgador, na tomada de sua árdua decisão final, acrescentamos adiante, princípios que foram desconsiderados ou desrespeitados no presente processo, instituto e ou soluções alternativas, senão vejamos:

3.1 - Princípio do contraditório e da ampla defesa

O princípio em comento, em Direito Processual, é um princípio jurídico fundamental do processo judicial ou administrativo moderno, derivado pois, do Postulado do Devido Processo Legal. Exprime a garantia de que ninguém pode sofrer os efeitos de uma condenação sem ter tido a possibilidade plena de ser parte do processo do qual esta provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão, manejando o seu direito de defesa. O princípio é derivado da frase latina *audi alteram partem* (ou *audiatur et altera pars*), que significa "ouvir o outro lado", ou "deixar o outro lado ser ouvido bem", **repita-se: ouvir bem.**

Implica a necessidade de uma dualidade de partes que sustentam posições jurídicas opostas entre si, de modo que o tribunal encarregado de instruir o caso e proferir a decisão não assuma nenhuma posição no litígio, limitando-se a julgar de maneira imparcial segundo as pretensões e alegações das partes.

Acontece que, no âmbito da apuração constante no Relatório Técnico Preliminar fora disposto o seguinte achado:

“Pagamento de despesas relativas ao acréscimo contratual de prestação de serviço de Home Care pela empresa **Help Vida** sem a devida justificativa e fundamentação legal no valor de **R\$ 3.189.177,58.**”

⁵ Doc. Digital nº 128662/2021



Porém no Relatório Técnico de Defesa, este **valor foi majorado** e ainda **incluída uma outra empresa** (SOS Resgate), conforme disposto abaixo:

“Aplicação de multa, com base no inciso II do art. 75 da Lei Complementar nº 269/2007, em decorrência da concorrência para que despesas ilegais e antieconômicas resultassem em danos ao erário, com o pagamento de recursos provenientes do instituto do reajuste e da repactuação contratual, simultaneamente, e sem a justificativa e fundamentação legal, no valor de **R\$ 5.258.543,85** para a empresa **Help Vida** e de **R\$ 746.436,33** para a empresa **SOS Resgate Ltda.**”

Deste modo, **NÃO** poderia em sede de Defesa **aumentar a quantia de R\$ 3.189.177,58 para R\$ 5.258.543,85** referente a empresa Help Vida, e **não poderia incluir** a empresa **SOS Resgate** que nem fora citada anteriormente, violando assim o princípio do contraditório e ampla defesa.

Esta situação referente a empresa SOS Resgate, conforme consta no Pedido de Diligência do MPC, confirma que a mesma não foi integrada inicialmente na relação processual, sendo mencionada apenas ocasionalmente e deixando dúvida se o valor apontado abrangeria os pagamentos desta empresa, conforme disposto abaixo:

Nada obstante, como se pode notar do documento digital nº 122575/2016, o vínculo contratual original e seus dois aditivos foram celebrados não somente com a empresa "Help Vida", mas também com outra, a **SOS Resgate Ltda.** Esta última, porém, além de **não ter sido integrada à relação processual**, foi **mencionada apenas ocasionalmente** nos relatórios de auditoria constante dos autos, deixando **dúvida** se o valor apontado pelos auditores também **abrange pagamentos** realizados a ela.”

Dessa maneira, o Requerente alegou a **violação do contraditório e da ampla defesa** ante a ausência de notificação para apresentar nova defesa em vista do valor apurado, aumentado sem fundamentação alguma e sem ouvir a parte ou lhe oferecer o direito de defesa e ou contraditório, **de ser bem ouvida.**

Deste modo, é incontroverso que os novos valores apurados pela SECEX foram apresentados no relatório de defesa e, que, em seguida, o Requerente fora apenas notificado a apresentar suas alegações finais, sendo suprimida a defesa.



Ou seja, sua violação enseja em nulidade, uma vez que, não fora oportunizada ao Requerente todos os mecanismos de defesa garantidos.

Assim, sendo-lhe vedada a possibilidade de usufruir de seu direito fundamental antes das alegações finais, ocorreu a violação do princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo, por consequência direta disto, **NULO DE PLENO DIREITO**.

3.2 - Instituto da Querela Nullitatis

Para o Plenário do TCE MT, Acórdão nº 203/2020-TP, o cabimento do pedido de querela nullitatis pressupõe um **vício insanável gravíssimo** que acaba por tornar a **decisão inexistente**, podendo ser postulado a qualquer tempo, diferentemente do pedido de rescisão, que possui o prazo de 2 anos para propositura no Tribunal de Contas.

A querela nullitatis pode ser empregada quando não houver a **citação** ou for efetivada com **vícios insanáveis**, cuja consequência será a ausência de um pressuposto de existência do processo, cuja formação da coisa julgada se torna inexistente.

A aplicação da querela nullitatis nos órgãos de controle externo deve ocorrer em situações excepcionalíssimas, quando presente um **vício absoluto insanável** no processo e que gere **prejuízo** para o interessado.

Tomando por base a situação exposta (dano ao erário desprovido de fundamentação, violação do princípio do contraditório e ampla defesa e em consequência o Postulado do Devido Processo Legal), **resta-lhe evidente a aplicação da querela nullitatis neste processo**.

3.3 - Tomada de Contas

A doutrina administrativista e a jurisprudência convergem para o entendimento de que a responsabilidade do gestor público é de natureza subjetiva e que os processos



submetidos ao Tribunal de Contas, quando apreciam os atos deste gestor, tratam de direitos indisponíveis. Assim sendo, esses tipos de processos, além do dever de obediência aos princípios já descritos, devem se balizar também pelos princípios da oficialidade, o princípio da **verdade material** e o princípio do formalismo moderado que regem e norteiam os atos processuais praticados pela Corte de Contas.

Todavia, caso o julgador discorde das fundamentações da equipe recursal, sugere-se a abertura de **Tomada de Contas Ordinária**, para **avaliar o montante real do suposto dano ao erário**, sendo necessária uma análise de mercado para comprovar se realmente houve uma variação nos valores e que sua correção deveria ocorrer. Em suma, **não** deverá ser promovida uma mera indexação de preços com base em **valores tabelados** (que neste caso **será impossível com base simplesmente no índice INPC**) e sim uma **real análise do mercado**.

Cabe ressaltar que o suposto dano ao erário apurado pela equipe técnica é superior a **cinco milhões de reais**, tendo, portanto, **materialidade** para uma eventual abertura de Tomada de Contas.

Outro elemento necessário na Tomada de Contas, seria a **individualização na responsabilização**, e levantamento do montante do suposto dano de forma individualizada.

Por exemplo, o Sr. Marcos Rogério Lima Pinto e Silva, ex-Secretário Adjunto de Administração Sistêmica, foi exonerado do cargo em 31/12/2014, portanto a responsabilidade pelos pagamentos efetuados nos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018 é questionável, pois neste caso, não há demonstração de nexo de causalidade, e o mesmo deveria ser responsabilizado somente pelo suposto dano constatado no exercício de 2014, período que o mesmo era gestor, sendo portanto necessária uma maior apuração com base na responsabilização subjetiva, que só poderia ser melhor realizada ou tratada por meio de Tomada de Contas, sugestão que reitera-se como medida de JUSTIÇA.



Outra situação é a verificação de **dolo ou culpa** por meio da **Tomada de Contas**, um exemplo é o caso do Sr. Bruno Cordeiro Rabelo, ex-Superintendente Administrativo, da Secretaria de Estado de Saúde, o mesmo alega que dos 4 (quatro) pareceres positivos, apenas um é de sua competência, portanto deve ser analisada se haverá mitigação ou afastamento de nexos causal, e também deve ser analisado se o parecer é opinativo, pois segundo o STF o parecer jurídico opinativo não gera responsabilidade a quem o emite (AgReg no HC nº 155.020)., Também deve ser verificado se houve dolo ou vontade ilícita do agente, conforme disposição do supracitado julgado:

Por outro lado, a manifestação levada a efeito foi de natureza **meramente opinativa** e, portanto, não vinculante para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar ou não a orientação exposta no parecer. Ou seja, o parecer tem natureza obrigatória (art. 38, VI, da Lei nº 8.666/93), porém não vinculante”.

Destacou que a “ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e houver **demonstração da vontade ilícita do agente** em produzir um resultado danoso, o que entendo não ser o caso”.

Em tese, o parecer do senhor Bruno Cordeiro Rabelo foi opinativo, e no processo não restou comprovada a demonstração da vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso, logo, deveria ser afastada sua responsabilização.

Portanto, caso o julgador discorde da equipe técnica recursal, e não afaste a restituição e as multas decorrentes, merece sim ser aberta uma **Tomada de Contas** para uma melhor apuração, levando-se em consideração a necessidade de **avaliar o montante real** do suposto dano ao erário, uma **análise minuciosa** com base no **valor de mercado** dos itens constantes no contrato, considerando a **materialidade do suposto dano**, **individualização** das penas, e verificação de eventual **dolo ou culpa**.

Isso posto, segundo o entendimento desta análise técnica, conclui-se que o valor do suposto dano ao erário encontra-se desprovido de fundamentação, sendo, portanto, necessário **afastar a irregularidade** apontada, bem como afastar a restituição do montante de **R\$ 5.258.543,85** e as multas decorrentes.



4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se pela procedência das justificativas apresentadas pelos recorrentes e, **no mérito**, pelo **PROVIMENTO** do recurso para reformar os **itens “III”, “IV” e “V” do Acórdão nº 755/2019 – TP**; ressaltando que, permanecem inalterados as demais determinações e recomendações legais do acórdão atacado, conforme análise do mérito recursal no **item 3, subitens 3.1 e 3.2**.

E caso o julgamento não afaste a restituição e as multas decorrentes dos itens supracitados, **alternativamente**, sugere-se a abertura de Tomada de Contas Ordinária, conforme análise do mérito recursal no **item 3, subitem 3.3**.

É o relatório.

Submete-se à apreciação superior.

Secretaria de Controle Externo de Recursos do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, **em 02 de setembro de 2021**.

(assinatura digital)
Carlos Alexandre Pereira
Auditor Público Externo