DELIBERAÇÃO AC00 - G.JD - 733/2015

PROCESSO TC/MS	: TC/14560/2013
PROTOCOLO	: 1369233
ÓRGÃO	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRENTE	: JOSÉ CARLOS BARBOSA E VICTOR YAZBEK FILHO
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO
RELATOR (A)	: JERSON DOMINGOS

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. CONHECIMENTO. RAZÕES RECURSAIS NÃO SUFICIENTES. IMPROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na 18ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 09 de setembro de 2015, ACORDAM os Senhores Conselheiros, na conformidade da respectiva ata de julgamento, por unanimidade, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do RECURSO ORDINÁRIO interposto pelos Srs. José Carlos Barbosa e Victor Yazbek Filho, mantendo-se inalteradas as convicções e comandos do Acórdão recorrido nº 01/0104/2012, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 09 de setembro de 2015.

Cons. Jerson Domingos – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos – Relator

Trata-se de Recurso Ordinário interposto em conjunto pelos Srs. José Carlos Barbosa e Victor Dib Yazbek Filho, respectivamente Diretor Presidente e Diretor de Engenharia e Meio Ambiente da Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – SANESUL, representados por seu advogado, contra o Acórdão n.º 0104/2012, prolatado nos seguintes termos adiante resumidos:

> 1 – pela irregularidade e ilegalidade desta Prestação de Contas do Convênio nº 82/2005, celebrado entre a Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul -SANESUL, CNPJ/MF nº 03.982.931/0001-20, (...) e a Empresa Conta fácil Brasil Ltda, (...), em razão do vicio de forma a contaminar a formalização do instrumento (...) sem prejuízo do reconhecimento da exatidão dos seus valores conforme demonstrados nestes autos;
> 2 – pela aplicação de multa no valor de 200 (duzentas) UFERMS, sendo:
> 2.1 – 100 (cem) UFERMS ao Sr. Antonio Carlos Navarrete Sanches, (...), em razão da celebração do presente instrumento em desacordo com as disposições legais;
> 2.2 – 50 (cinquenta) UFERMS ao Sr. José Carlos Barbosa (...), em razão da celebração dos Termos de Prorrogação (...), convalidando ato viciado na sua origem; e
> 2.3 – 50 (cinquenta) UFERMS ao Sr. Victor Dib Yazbek Filho (...), em razão da celebração do Termo de Ratificação nº 005/2009.

As razões do recurso, bem como o Despacho Presidencial de seus recebimentos constam da peça nº 01 – Ofício de Encaminhamento.

Com efeito, eis a síntese da motivação recursal sustentada pelos Recorrentes:

> Prejudicial de Mérito, devido à incidência da prescrição – sustentada no argumento de que houve prescrição da pretensão para apurar alguma irregularidade no convênio, uma vez que o mesmo foi formalizado em 29/08/2005 e seu julgamento em 15/05/2012, um lapso de mais de 5 (cinco) anos. Para tal justificativa, baseou-se no artigo 2º da Lei n.º 9.784/1999, que estabelece que a Administração Pública obedecerá ao princípio da segurança jurídica e no artigo 54, do mesmo diploma, que fixa o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data em que foram praticados os atos administrativos para que a Administração possa anulá-los.
> Juízo de Razoabilidade e Proporcionalidade da multa aplicada.
> Para mais, ponderaram que não houve intempestividade no envio de documentação obrigatória, uma vez que à época da publicação de seu

extrato, não era obrigatório o envio de documentos a este Tribunal.

Submetidos os autos ao crivo da manifestação do Ministério Público de Contas, este exarou o Parecer consistente da peça nº 04, opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos – Relator

Examinando as particularidades concretas dos atos praticados no processo envolvendo o instrumento em apreciação, constata-se que a despeito do convênio ter sido formalizado em 29/08/2005, o mesmo só veio a ser encaminhado a esta Corte de Contas para autuação em 01/03/2010 (Ofício n.º 0325/10/PRES/SANESUL), ou seja, após a realização dos cinco aditamentos, contrariando a norma que se aplica aos convênios, prevista nos artigos 301 a 322 da então vigente Resolução Normativa TC/MS n.º 057/2006 e de acordo com o estabelecido no artigo 145, § 1º do mesmo diploma.

Portanto, descabe falar em prescrição da pretensão, no tanto em que os Gestores encaminharam o instrumento de convênio a esta Corte para autuação somente em 01/03/2010, e mesmo que intempestivo, restou claro que houve a suspensão do prazo prescricional, que voltou a correr após a deliberação desta Corte de Contas, de acordo com o artigo 4º, parágrafo único do Decreto n.º 20.910/19321, motivo pelo qual não procede a prejudicial de mérito arguida pelos Recorrentes, confira-se o dispositivo:

> Art. 4º Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la.
> Parágrafo único. A suspensão da prescrição, neste caso, verificar-se-á pela entrada do requerimento do titular do direito ou do credor nos livros ou protocolos das repartições públicas, com designação do dia, mês e ano.

Quanto ao mérito, alegam os recorrentes que o convênio em discussão tem como objeto serviços relacionados àqueles do setor bancário ou financeiro, que são prestados pelas instituições financeiras autorizadas a funcionar pela União ou quem de direito.

Aduziram ainda, que celebraram o convênio acreditando ser este o instrumento adequado, tendo em vista que os serviços financeiros prestados ou postos à disposição da administração pública são executados por meio de agentes conveniados ou credenciados; E, finalmente, que a irregularidade apontada pela falta de planilhas detalhadas possui

natureza meramente formal, sem nenhuma gravidade sem causar qualquer dano ao erário.

Não assiste razão às alegações dos recorrentes uma vez que não estamos diante de um convênio e sim de um contrato, onde há interesses contrapostos e não objetivos comuns, que é essência daquele instituto. Cada uma das partes tem interesse diverso, demonstrando que se lida com um contrato e não com um convênio onde o interesse de ambos, necessariamente, deve visar o mesmo fim.

O próprio conteúdo do Parecer n.º 236/2006 reconheceu expressamente que "*a nomenclatura deste ajuste está equivocada, uma vez que não se trata de convênio, mas sim de contrato".* Portanto, os gestores tinham ciência da ilegalidade na formalização da avença, por se tratar de interesses diversos e contrapostos, e deveriam ter corrigido o instrumento.

Por outro lado, a própria Lei das Licitações nº 8.666/1993, no parágrafo único de seu artigo segundo, apresenta o conceito de contrato, o qual vem a confirmar que o instrumento analisado guarda intimidade e características próprias dos contratos, senão, vejamos:

> *Artigo 2º.*
> *Parágrafo único: Para fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.*

Assim, resta demonstrado que o instrumento em exame trata-se de contrato, onde a Administração serve-se de uma entidade privada para lhe prestar serviços.

Mesmo que a prestação deste serviço não represente dispêndio de recursos públicos, a natureza contratual não é afastada, visto que a "convenente" é devidamente remunerada.

Caracterizada a formação de um contrato de prestação de serviço, cumpre que se colacione esta situação com a norma constitucional disposta no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição Federal:

> Artigo 37.
> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e

econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Verifica-se assim, que de um lado, a Administração deverá contratar serviços mediante processo licitatório, ressalvados os casos especificados na legislação, por que norma constitucional é de cumprimento imperativo.

Lado outro, a Lei de Licitações estabelece hipóteses excepcionais onde o certame é dispensado (art. 17, incisos I e II), dispensável (art. 24) ou inexigível (art. 25), em cujas hipóteses o instrumento examinado não se enquadra a nenhuma delas.

Em consequência, a celebração de um contrato sob a denominação de convênio, mostra-se suficiente para concluir que não houve observância da lei, tampouco pode afastar a hipótese licitatória sob o pálio de que não está havendo desembolso de dinheiro. Fosse este conceito verdadeiro, não haveria necessidade de se licitar a concessão de serviço público, onde o Estado presta serviço sem necessariamente haver a correspondente despesa (o concessionário aufere sua receita diretamente do usuário).

Enfim, resta demonstrado que o pacto possui natureza de contrato, e que este fora celebrado em desconformidade com a lei.

Também importa destacar, que a ausência de planilhas detalhadas dos recebimentos não é meramente irregularidade formal, uma vez que o valor do Convênio alcançou mais de seis milhões de reais no seu período de vigência.

Dessa forma, como há vício de legalidade na formalização do instrumento, impõe-se considerar que os argumentos expendidos no recurso interposto foram frágeis, insuficientes e desprovidos de razão necessária para reformar a decisão guerreada, motivos pelos quais calha registrar que os presentes Recursos Ordinários estão fadados ao insucesso.

Diante do exposto, com a convicção formada nos termos das colocações feitas acima, acolho a opinião do Ministério Público de Contas, e profiro meu VOTO no sentido de:

Em preliminar, CONHECER DO RECURSO em face da presença dos pressupostos e requisitos de sua admissibilidade previstos nos artigos 66, 67 e 73 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 combinados com os Artigos 213 a 215 e 223, do então vigente Regimento Interno; e

No mérito, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Ordinário manejado em conjunto pelos Srs. José Carlos Barbosa e Victor Yazbek Filho, para manter *in totum* as convicções e comandos do Acórdão recorrido nº 01/0104/2012, determinando o retorno dos autos à jurisdição do Conselheiro-Relator originário da matéria para prosseguimento, depois de feitas as comunicações de estilo aos interessados quanto ao resultado deste

julgamento.

É o voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do RECURSO ORDINÁRIO interposto pelos Srs. José Carlos Barbosa e Victor Yazbek Filho, mantendo-se inalteradas as convicções e comandos do Acórdão recorrido nº 01/0104/2012, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Jerson Domingos

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros, José Ricardo Pereira Cabral, Iran Coelho das Neves, Marisa Joaquina Monteiro Serrano, Ronaldo Chadid e Osmar Domingues Jeronymo.

Presente, também, o Exmo. Sr. Procurador Geral de Contas José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 09 de setembro de 2015.

JERSON DOMINGOS
GAB. CONS. JERSON DOMINGOS