ACÓRDÃO - AC00 - 1569/2024

PROCESSO TC/MS	: TC/9834/2020/001
PROTOCOLO	: 2298197
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA RITA DO PARDO
RECORRENTE	: CACILDO DAGNO PEREIRA
ADVOGADO	: FERNANDO AMARILHA VARGAS DA ROSA – OAB nº 19.098
RELATOR	: CONS. MARCIO CAMPOS MONTEIRO

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – ACÓRDÃO – CONTRATAÇÃO PÚBLICA – IRREGULARIDADE – FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – NOTA DE EMPENHO POSTERIOR À FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – MULTA – FUNDAMENTOS CAPAZES DE MODIFICAR EM PARTE O JUÍZO FORMADO NO FEITO – PRÉVIA INDICAÇÃO DA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA A SER UTILIZADA – NOTA DE EMPENHO EMITIDA APENAS 5 DIAS APÓS A CELEBRAÇÃO DO CONTRATO – PUBLICAÇÃO DO EXTRATO DO CONTRATO POSTERIOR À EMISSÃO DO EMPENHO – NÃO REALIZAÇÃO DE DESPESA ANTERIOR AO EMPENHO – ORDEM DE INÍCIO DOS SERVIÇOS POSTERIOR AO EMPENHO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – REGULARIDADE COM RESSALVA – EXCLUSÃO DA MULTA – RECOMENDAÇÃO – CONHECIMENTO – PARCIAL PROVIMENTO.

1. Embora a nota de empenho tenha sido emitida após a formalização do contrato, verifica-se que não houve prejuízo ao caso, pois houve a prévia indicação da dotação orçamentária a ser utilizada; a nota de empenho foi emitida apenas 5 dias após a celebração do contrato; a publicação do extrato do contrato foi posterior à emissão do empenho, assim como não houve realização de despesa anteriormente ao empenho e que a ordem de início dos serviços também foi posterior a este.

2. É reconhecida a regularidade com ressalva da formalização contratual, ressalvada a emissão da nota de empenho após a formalização do contrato, consoante dispõe o art. 59, II, da LCE n. 160/2012, excluindo a multa aplicada ao recorrente.

3. É expedida a recomendação ao responsável, ou a quem o tiver sucedido ou sucedê-lo, para a adoção das medidas necessárias para a correção das impropriedades identificadas, de modo a prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas; mantendo-se inalterados os demais itens do *Decisum*.

4. Conhecimento e parcial provimento do recurso ordinário.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 16ª Sessão Ordinária Presencial do Tribunal Pleno, realizada em 28 de agosto de 2024, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pelo **conhecimento** do **Recurso Ordinário** interposto por **Cacildo Dagno Pereira**,

Prefeito do **Município de Santa Rita do Pardo**, por observância aos postulados de admissibilidade prescritos nos artigos 159 e seguintes do RITCE/MS; no mérito, pelo **parcial provimento** do recurso, reformando os comandos da Deliberação AC01 – 152/2023, prolatada na 13ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 28 a 31 de agosto de 2023 (Processo TC/MS 9834/2020, peça 119), para o fim de **Modificar** o "item II" e declarar a **regularidade com ressalva** da **formalização** do **Contrato de Obras** n. 145/2020, ressalvada a emissão da nota de empenho após a formalização do contrato, consoante dispõe o art. 59, II, da LCE n. 160/2012; **excluir** o "item III" referente a multa aplicada ao recorrente; **recomendar** ao responsável, ou a quem o tiver sucedido ou sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias para a correção das impropriedades identificadas, de modo a prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas; mantendo-se inalterados os demais itens do Decisum; e **intimar** os interessados do resultado deste julgamento, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

Campo Grande, 28 de agosto de 2024.

Conselheiro **Marcio Campos Monteiro** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

Trata-se de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. CACILDO DAGNO PEREIRA, contra o Acórdão AC01 – 152/2023, prolatado na 13ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 28 a 31 de agosto de 2023 (Processo TC/MS 9834/2020, peça 119), que decidiu:

> **I – declarar**, com fundamento no art. 59, I, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, **a regularidade** do procedimento licitatório da **Tomada de Preços n. 9/2020**, do **1º Termo de Apostilamento** e da **execução orçamentária e financeira do Contrato de Obras n. 145/2020**, celebrado entre o Município de Santa Rita do Pardo, por intermédio da Secretaria de Infraestrutura, Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico, e a empresa Soares Trefzger e Cia Ltda. - EPP;
>
> **II - declarar**, com fundamento no art. 59, inciso III, da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, **a irregularidade da formalização do Contrato de Obras n. 145/2020**, pela infração decorrente da falta de comprovação de empenho prévio à formalização do contrato, infringindo a regra do art. 60, caput, da Lei (federal) 4.320/1964;
>
> **III – aplicar multa** no valor equivalente ao de **30 (trinta) UFERMS**, ao **Sr. Cacildo Dagno Pereira** (Prefeito Municipal de Santa Rita do Pardo à época dos fatos), pela infração descrita nos termos dispositivo do inciso II, com fundamento nas regras dos arts. 21, X, 42, caput, IV e IX, 44, I, e 45, I, todos da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012;
>
> **IV- fixar o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias** contados da data da intimação dos responsáveis por correspondência física ou eletrônica, com a prova do recebimento, para que o apenado pague o valor da multa que lhe foi infligida e assinalar que o pagamento deverá ser feito em favor do Fundo Especial de Modernização e Aperfeiçoamento do Tribunal de Contas – FUNTC, consoante as regras do arts. 50, II, e 83 da Lei Complementar (estadual) n. 160/2012, observado o disposto nos arts. 99 e 185, §1º, I e II, do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS n. 98/2018);
>
> **V - intimar** o interessado acerca do resultado deste julgamento, na forma consignada no art. 55 da Lei Complementar (Estadual) n. 160, de 2012, e no art. 99 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TC/MS n. 98/2018).

Em preliminar, alega o recorre que há nulidade no julgamento recorrido, pela violação ao direito do contraditório e ampla defesa, pois os autos foram encaminhados para julgamento sem que tenha sido oportunizado ao recorrente o enfrentamento das questões suscitadas no parecer – PAR – 3ª PRC – 12598/2022 (fls. 273/280), mormente porque este expediente não endossou o entendimento da Divisão

especializada (ANA – DFEAMA – 7921/2022), que era pela integral aprovação da contratação.

No mérito, alega que embora o instrumento de contrato tenha sido assinado em 14/08/2020 e a nota de empenho em 19/08/2020, fato é que neste interstício não houve qualquer ato que provocasse a realização da despesa ou o início propriamente dito dela, posto que a publicação do contrato foi posterior à emissão da nota de empenho e a ordem de início de execução dos serviços foi expedida autorizando que a empresa contratada desse início nos serviços apenas em 31/08/2020, ou seja após a emissão da NE.

Roga, então, pela reforma do decisum, com a declaração de regularidade do feito e afastamento da multa arbitrada. Subsidiariamente, requer a declaração da nulidade do acórdão recorrido, pela ausência de intimação sobre as irregularidades apontadas no PAR – 3ª PRC – 12598/2022.

O expediente foi devidamente recebido pelo Conselheiro Presidente (peça 11), que verificou o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais.

Em análise aos autos, a Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente (peça 14), opinou pelo provimento do recurso, com a declaração da nulidade do acórdão recorrido, em decorrência da ausência de abertura do contraditório

No mesmo sentido, o Ministério Público de Contas – MPC, também emitiu parecer (peça 16) pelo retorno dos autos ao relator originário para oportunizar a reabertura da Instrução Processual com as garantias processuais do contraditório e ampla defesa.

Vieram-me os autos conclusos.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro – Relator

FUNDAMENTAÇÃO

Presentes os pressupostos e condições recursais, conheço do apelo e passo à análise de seus fundamentos.

Antes, porém, de adentrar ao mérito, mister se faz afastar a preliminar arguida, na medida em que é possível analisar o mérito do recurso de forma favorável ao

recorrente, possibilidade prevista no §2° do art. 104 do RITCE/MS[1].

Assim, apesar da importância do contraditório no processo de contas, as alegadas nulidades podem ser superadas, na medida em que o recurso ordinário traz consigo, em seu efeito devolutivo, toda matéria para reexame na instância superior, sendo possível a análise do mérito, obviamente quando o julgamento for favorável àquele que se aproveitaria da nulidade, consagrando assim a máxima da *pas nullité sans grief.*

Sobre a sanabilidade dos vícios processuais, a doutrina de Fredie Didier Jr ensina, *in verbis*:

> No direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que seja, mesmo que apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável. Não há exceção a essa regra.
>
> Mesmo nos casos de ausência de citação ou de citação defeituosa que gerou revelia, vícios transrescisórios, que permitem a invalidação da decisão judicial após o prazo da ação rescisória [...], há possibilidade de suprimento do defeito pelo comparecimento do réu ao processo (art. 214 do CPC). Para Pontes de Miranda, inclusive, se o réu citado/intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito comparecer e não o apontar, sanado está o vício pela preclusão. (Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 234)

Acerca deste tema, a 3ª Turma do STJ já se manifestou sobre o tema por ocasião do julgamento do REsp n.º 1.372.802/RJ. Vejamos um trecho do julgado:

> Na linha desse entendimento doutrinário, se até mesmo a ausência de citação fica sanada pela posterior citação na execução, a fortiori a ausência de mera intimação também fica sanada com a intimação realizada em momento posterior.
>
> No caso dos autos, a parte então agravada permaneceu silente quando intimada da decisão monocrática, vindo a suscitar a nulidade somente nos embargos de declaração opostos ao acórdão do agravo regimental.
>
> Essa estratégia de permanecer silente, reservando a nulidade para ser alegada em um momento posterior, já foi rechaçada por esta Turma, tendo recebido a

[1] Art. 104. O vício pela incorreção ou omissão que não importar a nulidade do ato será sanado de ofício, ou a requerimento do jurisdicionado ou do representante do Ministério Público de Contas.
[...]
§ 2º Podendo decidir sobre o mérito a favor de quem aproveitaria a declaração de nulidade, o Conselheiro, a Câmara ou o Tribunal Pleno poderá abster-se de:
I - declará-la ou de mandar repetir os atos ou termos nulos, inclusive despachos;
II - suprir a omissão.

Portanto, fica superada a preliminar arguida para a análise do mérito do recurso.

No mérito, a irregularidade impugnada diz respeito à intempestividade na emissão da Nota de Empenho – NE, na medida em que ela foi emitida cinco dias após a assinatura do contrato.

Vislumbra-se que, de fato, é exigível que o empenho seja prévio ou concomitante a formalização do contrato, entendimento já firmado pelo TCU[2] e também por esta Corte de Contas[3] em outras oportunidades.

Nada obstante, no caso em apreço, há que se considerar que no processo originário (TC/9834/2020) houve a prévia indicação da dotação orçamentária a ser utilizada (peça 2), que a nota de empenho foi emitida apenas 5 dias após a celebração do contrato em 19/08/2020 (peça 40), sendo que a publicação do extrato do contrato foi posterior à emissão do empenho, em 20/08/2020 (peça 39), assim como não houve realização de despesa anteriormente ao empenho e que a ordem de início dos serviços também foi posterior ao empenho, em 31/08/2020 (peça 43).

Essas peculiaridades demonstram que, particularmente, inexistiu prejuízo ao caso, de modo que, com espeque no art. 20, parágrafo único da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, pertinente o reconhecimento da regularidade com ressalva, para que o jurisdicionado se atenha a tempestividade da emissão das notas de empenho quando da contratação pública.

Portanto, como resultado da evidencia dos fatos, enseja a reforma parcial do Decisum, para declaração da formalização contratual com ressalva, excluindo a multa aplicada ao responsável, com a ressalva para que o jurisdicionado passe a observar com maior rigor as normas aplicáveis à matéria, especialmente no que cinge à emissão da nota de empenho anterior ou concomitante à formalização do contrato.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, considerando as razões de fato e de direito **VOTO** no seguinte sentido:

I. Pelo **CONHECIMENTO** do Recurso Ordinário interposto por Cacildo Dagno Pereira (CPF/MF 847.424.378-53), Prefeito do Município de Santa Rita do Pardo, por

[2] TCU - Acórdão 1404/2011- 1ª Câmara - Relator: UBIRATAN AGUIAR: "*9.6.3. observância das fases da despesa pública, de modo que o empenho seja prévio ou contemporâneo à contratação, consoante artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964;*"

[3] TCE/MS – Acórdão AC02-501/2021 – Relator: Waldir Neves Barbosa; TCE/MS – Acórdão AC02-522/2020 – Relator: Jerson Domingos

observância aos postulados de admissibilidade prescritos nos artigos 159 e seguintes do RITCE/MS;

II. No mérito, pelo **PARCIAL PROVIMENTO** do recurso, reformando os comandos da Deliberação AC01 – 152/2023, prolatada na 13ª Sessão Ordinária Virtual da Primeira Câmara, realizada de 28 a 31 de agosto de 2023 (Processo TC/MS 9834/2020, peça 119), para o fim de MODIFICAR o "item II" e declarar a regularidade com ressalva da formalização do Contrato de Obras n. 145/2020, ressalvada a emissão da nota de empenho após a formalização do contrato, consoante dispõe o art. 59, II, da LCE n. 160/2012; EXCLUIR o "item III" referente a multa aplicada ao recorrente; e RECOMENDAR ao responsável, ou a quem o tiver sucedido ou sucedê-lo, a adoção das medidas necessárias para a correção das impropriedades identificadas, de modo a prevenir a ocorrência futura de impropriedades semelhantes ou assemelhadas; mantendo-se inalterados os demais itens do Decisum;

IV. INTIMAR os interessados do resultado deste julgamento, observado o que dispõe o art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, firmada nos termos do voto do Relator, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso ordinário.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Jerson Domingos.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Marcio Campos Monteiro.

Tomaram parte no julgamento o Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo e os Exmos. Srs. Conselheiros Substitutos Patrícia Sarmento dos Santos, Célio Lima de Oliveira e Leandro Lobo Ribeiro Pimentel.

Presente o Exmo. Sr. Procurador Substituto do Ministério Público de Contas Matheus Henrique Pleutim de Miranda.

Campo Grande, 28 de agosto de 2024.

Conselheiro **MARCIO CAMPOS MONTEIRO**

Relator

GLX / MRMAM / MFGM