DELIBERAÇÃO AC00 - 2443/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/12077/2013/001
PROTOCOLO	: 1913497
TIPO DE PROCESSO	: RECURSO ORDINÁRIO
ÓRGÃO	: SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO PÚBLICA
RECORRENTES	: LUIZ HENRIQUE MAIA DE PAULA E H2L EQUIPAMENTOS E SISTEMAS LTDA
ADVOGADOS	: CARLOS A.J. MELLO – OAB/MS Nº 4862 E EMERSON DE OLIVEIRA MELLO – OAB/MS Nº 7142
RELATOR	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – CONTRATO ADMINISTRATIVO – TERMOS ADITIVOS – FORMALIZAÇÃO – EXECUÇÃO FINANCEIRA – IRREGULARIDADES – IMPUGNAÇÃO DE VALORES – APLICAÇÃO DE MULTA – RAZÕES RECURSAIS – DOCUMENTOS E ARGUMENTOS VÁLIDOS – RECURSO PROVIDO – REGULARIDADE – EXCLUSÃO DE IMPUGNAÇÃO E MULTAS.

A superveniência de novos argumentos, assim como a comprovação, através de empenhos, ordens de pagamentos e notas fiscais, são capazes de elidir a fundamentação anteriormente produzida, alterando o resultado do julgamento, levando-se a concluir pela regularidade da primeira e segunda fases da contratação, não havendo irregularidade que induza à nulidade da dispensa de licitação, com a subsequente contaminação da execução financeira (terceira fase), pelo que á dado provimento ao recurso ordinário.

Com a comprovação da execução financeira, ainda na fase instrutória, merece provimento o recurso para excluir a impugnação de despesas e a sanção de multa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 21ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, de 29 de agosto de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, **em conhecer e dar provimento** ao Recurso Ordinário, interposto pelos **Sr. Luiz Henrique Maia de Paula e H2L Equipamentos e Sistemas Ltda.**, porquanto na fase recursal, a regularidade da contratação pública e de execução do objeto do contrato foram demostradas e por consequência lógica reformar a Deliberação AC01 - 1257/2018 e decidir pela: regularidade da Dispensa de Licitação, regularidade da formalização do Contrato Administrativo n. 3/2013, regularidade da formalização do 1º, 2º e 3º Termos Aditivos e regularidade da execução financeira do contrato e; excluir a impugnação de despesas, as sanções de multa e as demais determinações, referentes aos itens “b”, “c”, “d”, “e”, “f” e “g”, da decisão.

Campo Grande, 29 de agosto de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

01. – RELATÓRIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos (Processo: TC/12077/2013/001) de Recurso Ordinário, art. 69, da Lei Complementar n.º 160/2012[1], em que são Recorrentes: Luiz Henrique Maia de Paula e H2L Equipamentos e Sistemas Ltda e o julgado recorrido é a DELIBERAÇÃO AC01 - 1257/2018.

Trata-se de recurso interposto com o objetivo de ver reformada a v. deliberação deste Tribunal de Contas que decidiu pela declaração de irregularidade, aplicou multa e impugnou despesas.

Inconformados com o resultado do julgamento, os recorrentes, protocolizaram a petição recursal, acompanhada de documentos, requerendo ao final o provimento do recurso para ver reformado o julgado.

O Conselheiro Presidente desta Corte, com amparo no artigo 150, incisos IV e V, alínea "a", do RITC/MS, cumprindo assim suas funções regimentais exerceu o juízo de prelibação e autorizou o recebimento da petição, como recurso ordinário (arts. 151 a 154, do RITC/MS) determinando a distribuição a esta relatoria.

O Ministério Público de Contas (MPC), conforme Parecer: PARECER PAR - 1ª PRC - 15609/2018, através de seu douto representante opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

02. – CONHECIMENTO.

Preliminarmente, quanto à análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso. Pressupostos Extrínsecos e Intrínsecos: Interposto por escrito. Sendo tempestivo e a petição recursal contém as qualificações indispensáveis à identificação dos recorrentes. Regular a representação processual, eis que os recorrentes possuem legitimidade para apresentar o presente recurso. Quanto aos demais pressupostos estão preenchidos, porquanto os recorrentes fundam seu pedido em argumentação e documentos capazes de elidirem os fundamentos da decisão recorrida, de forma a produzir eficácia sobre a prova produzida.

[1] Publicada no DOE/MS Nº 8.102, de 03 de Janeiro de 2012.

Destarte, porquanto, presentes os pressupostos de admissibilidade previstos nos art. 66, inciso I e art. 69, da Lei Complementar nº 160/2012 e nos art. 151 a 154, do RITC/MS, conheço do presente recurso ordinário.

03 – MÉRITO.

Através de decisão simples este Tribunal de Contas proferiu, conforme ementa a seguir transcrita, a seguinte deliberação:

> "(...) a) Pela DECLARAÇÃO DE NULIDADE da Dispensa de Licitação, da formalização do Contrato Administrativo n. 3/2013, da formalização do 1º, 2º e 3º Termos Aditivos e da execução financeira do contrato, por infringência ao disposto no art. 27, IV e art. 29, IV e V, da lei n. 8666/1993, e em razão do disposto no art. 49, § 2º e art. 59, ambos da referida legislação, diante da não apresentação de documentos comprovando a regularidade fiscal e trabalhista da empresa contratada;
>
> b) Pela IMPUGNAÇÃO do valor de R$ 760.170,32 (setecentos e sessenta mil cento e setenta reais e trinta e dois centavos), referente ao valor dispendido na execução do contrato, responsabilizando o Ex-Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá – MS, Luiz Henrique Maia de Paula (...) à devolução do montante impugnado, que deverá ser atualizado a contar de 8/4/2014, data do último pagamento e, acrescido de juros legais, nos termos do art. 172, II e § 1º, IV, do Regimento Interno, aprovado pela RNTC/MS n. 76/2013;
>
> c) Pela APLICAÇÃO DE MULTA ao Ex-Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá – MS, Luiz Henrique Maia de Paula (...), em valor correspondente a 1.489 (mil quatrocentos e oitenta e nove) UFERMS, nos termos do art. 45, II, da Lei Complementar n. 160/2012 c/c o art. 170, II, do Regimento Interno, aprovado pela RNTC/MS n. 76/2013, equivalente a 5% (cinco por cento) do valor do dano causado ao erário, em razão da nulidade dos atos acima declarada;
>
> d) Pela APLICAÇÃO DE MULTA ao Secretário Municipal de Finanças e Gestão de Corumbá – MS, Alberto Saburo Kanayama (...), em valor correspondente a 50 (cinquenta) UFERMS, nos termos do art. 42, IV, da Lei Complementar n. 160/2012 c/c o art. 170, § 1º, I, "a", do Regimento Interno, aprovado pela RNTC/MS n. 76/2013, pela não apresentação de informações/documentos solicitados via termo de intimação;
>
> e) Pela COMPROVAÇÃO NOS AUTOS por parte do Ex-Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá – MS, Luiz Henrique Maia de Paula, (...), e do Secretário Municipal de Finanças e Gestão de Corumbá – MS, Alberto Saburo Kanayama (...), respectivamente, do efetivo ressarcimento do valor impugnado aos cofres do município, bem como do recolhimento ao FUNTC, das multas aplicadas, nos termos do art. 172, § 1º, I, II e III, do Regimento Interno, aprovado pela RNTC/MS n. 76/2013, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de cobrança executiva judicial, nos termos do art. 78, § 1º, da Lei Complementar n. 160/2012;

f) Pela DETERMINAÇÃO AO PROTOCOLO para que realize a extração de cópia integral do presente processo e autuação em autos próprios, visando à apuração de responsabilidade pela prática de atos por parte do Ex-Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá – MS, Luiz Henrique Maia de Paula, passíveis de acarretarem a inabilitação para o exercício de cargo comissionado, ou, de função de confiança na Administração Pública, pelo prazo de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, conforme previsto no art. 44, inciso III, da Lei Complementar n. 160/2012, c/c art. 170, § 3º, II, do Regimento Interno, aprovado pela RNTC/MS n. 76/2013;

g) Pela REMESSA dos autos ao Ministério Público de Contas para a adoção de providencias junto a Procuradoria Geral de Justiça para a apuração de possível cometimento de ato improbidade administrativa (arts. 9º e 10º, da lei n. 8429/1992), de crime de responsabilidade (art. 1º, incisos I e III, do Decreto- Lei n. 201/1967), e do crime previsto no art. 89, caput, da lei n. 8.666/1993, por parte do Ex-Secretário Municipal de Gestão Pública de Corumbá – MS, Luiz Henrique Maia de Paula (...).” (grifei)

Como se vê alhures, os fatos motivadores da decisão desfavorável foram a ausência de documentos comprovando a regularidade fiscal e trabalhista da empresa contratada que induziu a declaração de nulidade do procedimento de dispensa de licitação.

Os recorrentes interpõem o presente recurso ordinário pretendendo a reforma da decisão e apresentam, em suas razões recursais, documentos e argumentação rebatendo as irregularidades detectadas.

3.1 – Da alegação de Ausência de Intimação.

O primeiro recorrente (Luiz Henrique Maia de Paula) alega que não foi intimado na fase instrutória, das irregularidades descritas na decisão combatida.

Compulsando os autos do processo originário, observo que o ora recorrente foi devidamente intimado, em 17/11/2017 (AR, fl. 1642) acerca do despacho saneador: DSP - G.RC - 45410/2017 (fls., 1637-1638) que expressamente apontou a ausência de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista e analisando o referido aviso de recebimento (AR) verifica-se que foi encaminhando ao endereço indicando no cadastro C-JUR.

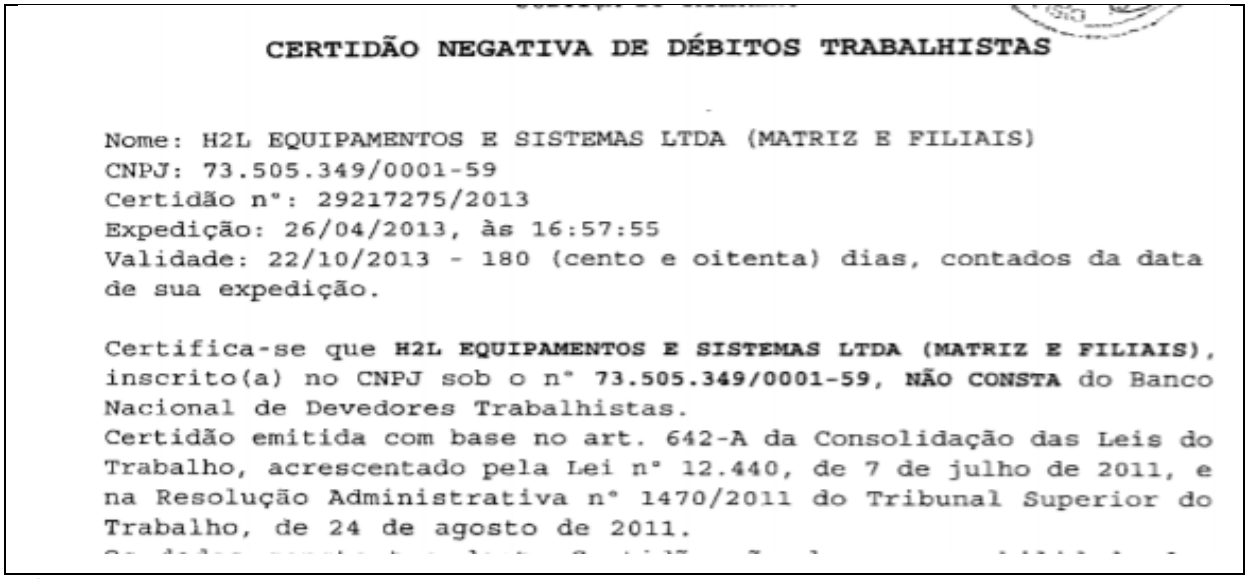
Ressalte-se, ainda, que na época da intimação o recorrente a respondeu, consoante se vê nos documentos juntados às fls. 1646-1698 e, ainda, juntou documentos pertinentes aos fatos evidenciados na intimação, não cabendo, por lógica, o argumento de que somente tomou ciência dos fatos através da decisão.

Portanto, neste tópico, não assiste razão ao recorrente, porquanto foi observado o contraditório e a ampla defesa, de modo que houve o efetivo cumprimento das obrigações legais e regulamentares por parte deste Tribunal.

3.2 – 1ª e 2ª Fases da Contratação Pública.

Os recorrentes alegam que *foram juntados os documentos da matriz e não da filial porque o edital exigia a juntada dos documentos da empresa, não se referindo à matriz ou filial. De qualquer forma, evidente que se a filial possuir irregularidade, não haverá certidão negativa em favor da matriz. Isso implica dizer que tanto a matriz quanto a filial estavam regulares,* que não poderia haver impugnação dos valores pagos pelos serviços prestados, porque isso representaria o enriquecimento ilícito da administração.

A filial da empresa recorrente (H2L Equipamentos e Sistemas Ltda), com CNPJ nº 73.505.349/0002-30, foi a contratada no âmbito do procedimento de dispensa de licitação, com a apresentação das respectivas certidões de regularidade fiscais e trabalhista (CNDT), consoante se vê às fls. 0170-0175, sendo esta, referente à Matriz e a sua Filial (fls. 0173), com validade de 180 dias, vejamos:



CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS

Nome: H2L EQUIPAMENTOS E SISTEMAS LTDA (MATRIZ E FILIAIS)
CNPJ: 73.505.349/0001-59
Certidão nº: 29217275/2013
Expedição: 26/04/2013, às 16:57:55
Validade: 22/10/2013 - 180 (cento e oitenta) dias, contados da data de sua expedição.

Certifica-se que **H2L EQUIPAMENTOS E SISTEMAS LTDA (MATRIZ E FILIAIS)**, inscrito(a) no CNPJ sob o nº **73.505.349/0001-59, NÃO CONSTA** do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas.
Certidão emitida com base no art. 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentado pela Lei nº 12.440, de 7 de julho de 2011, e na Resolução Administrativa nº 1470/2011 do Tribunal Superior do Trabalho, de 24 de agosto de 2011.

Fls. 0173.

Portanto, na fase de habilitação e na assinatura do contrato, tanto a matriz como a filial não apresentavam débitos trabalhistas, conforme está atestado na Certidão Negativa (CNDT) às fls. 0173.

A Certidão Negativa de Débito Mobiliário (fls. 0170), a Certidão Negativa Tributária Estadual (fls. 0171), a Certidão Falência, Concordata, Recuperação Judicial e Extrajudicial (fls. 0174) e a Certidão Negativa de Débitos Gerais – CNDG do município (fls. 0175), apresentadas nos autos do processo originário, foram emitidas no CNPJ da filial da empresa (CNPJ nº 73.505.349/0002-30) e todas são negativas.

Com relação, a Certidão Conjunta Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União (fls. 0172), a Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros (CND) (fls. 0188) e o Certificado de Regularidade do FGTS – CRF (fls. 0189) foram emitidas no CNPJ da matriz da empresa (CNPJ nº 73.505.349/0001-59) e todas são negativas.

A descentralização das atividades empresariais, com a criação de filiais, não afasta a unidade patrimonial da pessoa jurídica, ou seja, para fins tributários a matriz e as filiais respondem pelos eventuais pagamentos desses débitos, independentemente se uma ou outra for devedora isoladamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou essa questão no âmbito dos recursos repetitivos, vejamos:

> “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS DA MATRIZ. PENHORA, PELO SISTEMA BACEN-JUD, DE VALORES DEPOSITADOS EM NOME DAS FILIAIS. POSSIBILIDADE. ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL COMO OBJETO DE DIREITOS E NÃO COMO SUJEITO DE DIREITOS. CNPJ PRÓPRIO DAS FILIAIS. IRRELEVÂNCIA NO QUE DIZ RESPEITO À UNIDADE PATRIMONIAL DA DEVEDORA.
>
> 1. No âmbito do direito privado, cujos princípios gerais, à luz do art. 109 do CTN, são informadores para a definição dos institutos de direito tributário, a filial é uma espécie de estabelecimento empresarial, fazendo parte do acervo patrimonial de uma única pessoa jurídica, partilhando dos mesmos sócios, contrato social e firma ou denominação da matriz. Nessa condição, consiste, conforme doutrina majoritária, em uma universalidade de fato, não ostentando personalidade jurídica própria, não sendo sujeito de direitos, tampouco uma pessoa distinta da sociedade empresária. Cuida-se de um instrumento de que se utiliza o empresário ou sócio para exercer suas atividades.
>
> 2. A discriminação do patrimônio da empresa, mediante a criação de filiais, não afasta a unidade patrimonial da pessoa jurídica, que, na condição de devedora, deve responder com todo o ativo do patrimônio social por suas dívidas, à luz de regra de direito processual prevista no art. 591 do Código de Processo Civil, segundo a qual "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei".
>
> 3. O princípio tributário da autonomia dos estabelecimentos, cujo conteúdo normativo preceitua que estes devem ser considerados, na forma da legislação específica de cada tributo, unidades autônomas e independentes nas relações jurídico-tributárias travadas com a Administração Fiscal, é um instituto de direito material, ligado à questão do nascimento da obrigação tributária de cada imposto especificamente considerado e não tem relação com a responsabilidade patrimonial dos devedores prevista em um regramento de direito processual, ou com os limites da responsabilidade dos bens da empresa e dos sócios definidos no direito empresarial.
>
> 4. A obrigação de que cada estabelecimento se inscreva com número próprio no CNPJ tem especial relevância para a atividade fiscalizatória da administração tributária, não afastando a unidade patrimonial da empresa, cabendo ressaltar que a inscrição da filial no CNPJ é derivada do CNPJ da matriz.

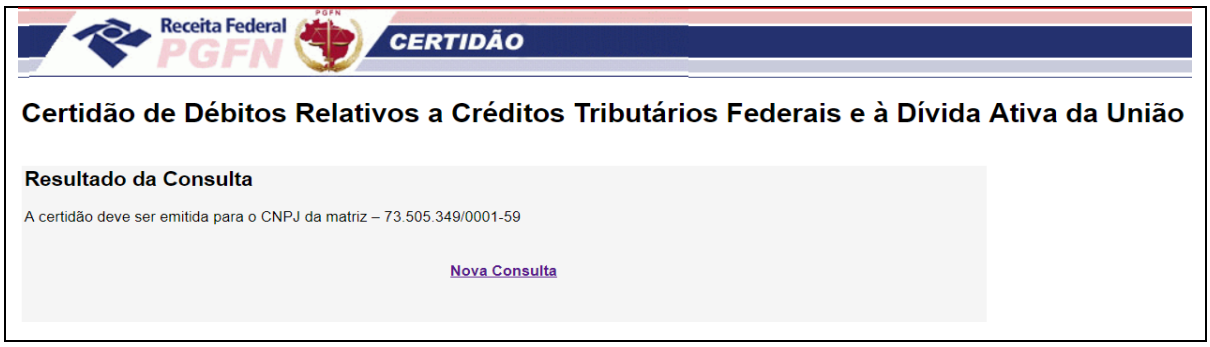
> 5. Nessa toada, limitar a satisfação do crédito público, notadamente do crédito tributário, a somente o patrimônio do estabelecimento que participou da situação caracterizada como fato gerador é adotar interpretação absurda e odiosa. Absurda porque não se concilia, por exemplo, com a cobrança dos créditos em uma situação de falência, onde todos os bens da pessoa jurídica (todos os estabelecimentos) são arrecadados para pagamento de todos os credores, ou com a possibilidade de responsabilidade contratual subsidiária dos sócios pelas obrigações da sociedade como um todo (v.g. arts. 1.023, 1.024, 1.039, 1.045, 1.052, 1.088 do CC/2002), ou com a administração de todos os estabelecimentos da sociedade pelos mesmos órgãos de deliberação, direção, gerência e fiscalização. Odiosa porque, por princípio, o credor privado não pode ter mais privilégios que o credor público, salvo exceções legalmente expressas e justificáveis.
>
> 6. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08.
>
> (REsp 1355812/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013)" (grifei)

Conforme se observa, no artigo 47, §1º, da Lei 8212/91 e no art. 3º, da Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1751, de 02 de outubro de 2014[2], a certidão emitida para pessoa jurídica é válida para o estabelecimento matriz e suas filiais, vejamos:

> "Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:
>
> (...)
>
> § 1º **A prova de inexistência de débito deve ser exigida da empresa** em **relação a todas as suas dependências, estabelecimentos** e obras de construção civil, independentemente do local onde se encontrem, ressalvado aos órgãos competentes o direito de cobrança de qualquer débito apurado posteriormente." (grifei)
>
> "Art. 3º **A certidão emitida para pessoa jurídica é válida para o estabelecimento matriz e suas filiais**.
>
> Parágrafo único. A emissão de certidão para órgãos públicos de qualquer dos Poderes dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios depende da inexistência de pendências em todos os órgãos dos poderes executivo, legislativo e judiciário, inclusive dos fundos públicos da administração direta, que compõem a sua estrutura. (Redação dada pelo(a) Portaria Conjunta PGFN RFB nº 1400, de 30 de setembro de 2015)" (grifei)

Com efeito, a Certidão Conjunta Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União (fls. 0172), não é emitida no CNPJ da filial, somente no da Matriz, conforme se observa na consulta ao site da RFB, vejamos:

[2] (Publicado(a) no DOU de 03/10/2014, seção 1, página 17)


Receita Federal PGFN CERTIDÃO

Certidão de Débitos Relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União

Resultado da Consulta

A certidão deve ser emitida para o CNPJ da matriz – 73.505.349/0001-59

Nova Consulta

A mesma situação ocorre com o Certificado de Regularidade do FGTS – CRF que é emitida de forma conjunta analisando a regularidade da matriz e suas filiais, conforme se observa na informação do site da caixa[3], abaixo transcrita:

> "O empregador pode ter CRF para a sua matriz e também para as suas filiais?
>
> Sim. O CRF da matriz está condicionado à sua regularidade e à de suas filiais, bem como o certificado das filiais está condicionado à regularidade da matriz."

Convém mencionar que a partir de 03/11/2014, não existe mais a emissão de certidão específica, relativa a Contribuições Previdenciárias para CNPJ, pois, sua emissão foi unificada, junto com os outros tributos federais, conforme Portaria nº 358, de 05 de setembro de 2014, vejamos:

> "Art. 1º A prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, referente a todos os tributos federais e à Dívida Ativa da União - DAU por elas administrados.
>
> Parágrafo único: A certidão a que se refere o caput não obsta a emissão de certidão com finalidade determinada, quando exigida por lei, relativa aos tributos federais e à Dívida Ativa da União.
>
> Art. 2º As certidões emitidas na forma desta Portaria terão prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias, contado de sua emissão." (grifei)

Pelas razões acima expostas, conclui-se que assiste razão aos recorrentes, uma vez que, a documentação juntada na fase instrutória foi suficiente para atestar a regularidade fiscal e trabalhista da empresa, tanto na fase de habilitação quanto da formalização do contrato, cumprindo do art. 27, inciso IV, da Lei nº 8.666/93.

Destarte, restando demonstrada com a superveniência de novos argumentos que estes foram capazes de elidir a fundamentação anteriormente produzida, alterando o resultado do julgamento, conclui-se pela procedência dos pedidos para julgar regular a primeira e segunda fase da contratação pública (art. 120, incisos I e II, do RITC/MS).

[3]https://www.sifge.caixa.gov.br/Cidadao/Crf/Crf/FgeCfSDuvidasMaisFrequentes.asp#PER016

3.2 – 3ª Fase da Contratação Pública.

Os recorrentes alegam, em síntese, que não é causa de irregularidade a ausência das certidões e que a impugnação é desproporcional e irregular e, por isso, requer a exclusão da impugnação de despesas e da sanção de multa.

Conforme se verifica no relatório-voto, houve a regular comprovação da execução financeira, através dos empenhos, ordens de pagamentos e notas fiscais (fls. 1702-1708, TC/12077/2013).

Portanto, constata-se que as documentações comprobatórias, alusivas às despesas impugnadas, comprovam que essas foram realizadas, ou seja, os bens e serviços foram regularmente adquiridos.

Como já foi explicitado, no tópico anterior, a primeira e segunda fase da licitação, referente à dispensa de licitação e formalização do contrato, foram regulares, dessa forma, não houve irregularidade que induzisse a declaração de nulidade do procedimento licitatório, com a subsequente contaminação da execução financeira (terceira fase).

Quanto à documentação comprobatória da regularidade fiscal e trabalhista da empresa, terceira fase da contratação pública, referente à formalização dos aditivos e da execução financeira, a mesma foi juntada na fase instrutória, consoante se vê nas fls. 1646-1698 dos autos do processo originário (TC/12077/2013).

Ressaltando que a certidão emitida para pessoa jurídica, relativos a todos os tributos federais e ao FGTS, são válidas tanto para o estabelecimento matriz e suas filiais, como já explicitado, no tópico anterior, por isso, nesses documentos não há que se fazer essa distinção.

3.2.1 – Quanto a Impugnação de Despesa.

Como a execução financeira foi devidamente comprovada, ainda na fase instrutória, com a regular comprovação através dos empenhos, ordens de pagamentos e notas fiscais, entendo que o recurso, neste tópico, merece provimento para excluir a impugnação de despesas e a sanção de multa.

Mas, *ad argumentandum tantum*, mesmo que houvesse falhas formais, como ausência de certidões, não caberia à impugnação de despesas, porque, *in casu* a execução financeira foi corretamente demonstrada, essa tese está em consonância, com o princípio que veda o enriquecimento sem causa do Estado frente ao particular que contratou com o poder público, nessa situação, compete à administração pública, em regra, ressarcir o contratado pelo objeto contratual realizado, conforme está previsto no parágrafo único do art. 59, da Lei nº. 8.666/93, *verbis*:

> “Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

> Parágrafo único. A **nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado** até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa." (grifei)

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre a questão aqui debatida, assevera que:

> "Mesmo no caso do contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda a obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização."[4] (grifei)

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em diversas decisões, revelam concordância com esse entendimento, conforme demostram os seguintes arestos de jurisprudência, *verbis*:

> "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. CONTRATO ADMINISTRATIVO NULO**. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS**. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.
>
> 1. Não há violação dos arts. 458 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.
>
> 2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, "ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade" (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009).
>
> 3. Hipótese em que comprovada a existência da dívida, qual seja, prestado o serviço pela empresa contratada e ausente a contraprestação (pagamento) pelo município, a ausência de licitação não é capaz de afastar o direito da ora agravada de receber o que lhe é devido pelos serviços prestados. O entendimento contrário faz prevalecer o enriquecimento ilícito, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.
>
> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1383177/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013)" (grifei)

[4] Licitação e Contrato Administrativo, 11ª edição, Malheiros, p. 199.

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS**. **VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO ILÍCITO.** AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA EVENTUAL MÁ-FÉ DA EMPRESA CONTRATADA.

1. A jurisprudência pacífica no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Público desta Corte é no sentido de, in verbis: **"[...] ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade"** (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009). Outros precedentes: REsp 753.039/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 03 de setembro de 2007; REsp 928315/MA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29 de junho de 2007; e REsp 545471/PR, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 19 de setembro de 2005.

2. No caso sub examinem, a municipalidade agravante sustenta que o Tribunal de origem assentou ter sido a contratação da empresa agravada viciada com má-fé. Todavia, a leitura atenta do acórdão a quo, precisamente de fl. 449, evidencia que o Tribunal de Justiça paulista reputou viciada de má-fé a própria contratação direta, ao argumento da ausência dos requisitos autorizadores para tanto, sem, no entanto, ter explicitado qual ato praticado pela contratada teria a propriedade de contaminar a avença.

3. **Deveras, a exegese da jurisprudência desta Corte é no sentido de que a simples contratação direta não é suficiente para evidenciar a má-fé do contratado; ao revés, deve ser comprovado o ato que induziu a Administração a erro e propiciou a contratação direta viciada. E, embora o acórdão a quo assevere a ocorrência de ato de má-fé antes da própria contratação, não consta desse julgado nehuma indicação da prática objetiva de ato por parte da contratada nesse sentido**.

4. Caso fosse admitida de má-fé a pura e simples contratação direta, não haveria razão de ser a própria jurisprudência do STJ, a qual preconiza que os serviços efetivamente prestados devem ser pagos sob pena de enriquecimento ilícito.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1140386/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 09/08/2010)” (grifei)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL**. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

> 1. Segundo jurisprudência **pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados**, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.
>
> 2. Não há como alterar as conclusões obtidas pelo Tribunal de origem que, com base nas provas dos autos, entendeu ter havido a efetiva prestação do serviço por parte da autora. Incidência da Súmula 7/STJ.
>
> 3. Não sendo o caso de valor exorbitante, ante o arbitramento dos honorários em 10% (dez por cento) do valor da causa, não cabe a esta Corte modificar o decisório sem incursionar no substrato fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ.
>
> 4. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)" (grifei)

Além disso, a documentação juntada aos autos, na fase instrutória, referente à execução contratual, comprovam que os estágios de execução da despesa, empenho, liquidação e pagamento da obrigação assumida; foram cumpridos, atendendo ao que dispõe a Lei 4.320/64, em especial os art. 58, art. 62 e art. 63 da referida norma legal.

Destarte, restando demonstrada com a superveniência de novos argumentos que estes foram capazes de elidir a prova anteriormente produzida, alterando o resultado do julgamento, conclui-se pela procedência do pedido para julgar regular a execução financeira (art. 120, inciso III, do RITC/MS) e excluir as sanções de multas da decisão.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho, em parte, o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO** nos termos seguintes, pelo(a):

01. – **CONHECIMENTO** do presente Recurso Ordinário (art. 69, da Lei Complementar n.º 160/2012), porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade previstos nos art. 66, inciso I e art. 69, da Lei Complementar nº 160/2012 e nos art. 151 a 154, do RITC/MS;

02. – **PROVIMENTO** do recurso ordinário, porquanto na fase recursal, a regularidade da contratação pública e da execução do objeto do contrato foram demostradas e, por consequência lógica, reformar a DELIBERAÇÃO AC01 - 1257/2018 e **decidir** pela: **a) REGULARIDADE** e **LEGALIDADE** (art. 59, inciso I, LC nº 160/2012) da Dispensa de Licitação, da formalização do Contrato Administrativo n. 3/2013, da formalização do 1º, 2º e 3º Termos Aditivos e da execução financeira do contrato, referentes à 1ª (primeira), 2ª (segunda) e 3ª (terceira) fases (art. 120, incisos I, II, III, do RITC/MS) da contratação pública; e **b**) **EXCLUIR** a impugnação de despesas, as sanções de multa e as demais determinações, referentes aos itens "**b**", "**c**", "**d**", "**e**", "**f**" e "**g**", da decisão;

03. - **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso I e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao recurso ordinário para declarar a regularidade da dispensa de licitação, da formalização do contrato, dos termos aditivos e da execução financeira, com a exclusão da impugnação de valores e das multas aplicadas.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros: Jerson Domingos, Osmar Domingues Jeronymo, Marcio Campos Monteiro e o Conselheiro-Substituto Célio Lima de Oliveira.

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador Geral de Contas.

Campo Grande, 29 de agosto de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**
Relator

SETAC.APT/ARP/DSSM