TC nº 72-000.751.12-51

2º Julgado

RECURSOS. EX OFFICIO. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares os ajustes e aplicou multa. Serviços de reprografia de cópias eletrostáticas, com fornecimento de mão de obra, material e outros serviços. SUBPREFEITURA. Preliminar [omissis] afastada, pois constatada a intimação do recorrente. Preliminar [omissis] acolhida para excluir o servidor do polo passivo do julgado e cancelar a multa. CONHECIDOS. Voluntário [omissis] PROVIDO integralmente. Demais recursos PROVIDOS PARCIALMENTE, para aceitar os efeitos financeiros e cancelar as multas aplicadas. Votação unânime.

1º Julgado – Juízo Singular

2.882ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 07/02/2017

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em afastar a preliminar arguida pelo recorrente Senhor Ademir Aparecido Ramos, de não observação do princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez que se constata, à fl. 293 dos autos, que o mesmo foi intimado por ofício, para conhecer do Relatório de Avaliação de Licitação e do Relatório de Avaliação de Contratação elaborados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte de Contas, e oferecer as justificativas e esclarecimentos que entendesse cabíveis em face do ali apontado, tendo então apresentado a sua defesa, que se encontra juntada às fls. 327/328 deste feito.

ACORDAM, entretanto, à unanimidade, em acolher a preliminar apresentada pelo recorrente Senhor Antonio Paulo Borges para exclui-lo do polo passivo do julgado, pois os elementos constantes dos autos demonstram que a sua indicação como responsável pela infringência constatada foi equivocada.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em conhecer dos recursos “ex officio” e voluntários, uma vez que se encontram presentes os requisitos legais e regimentais de sua admissibilidade.

CONSIDERANDO que as razões recursais não se demonstraram capazes de afastar a irregularidade verificada em relação ao item 9.2.1 do Edital do Pregão Presencial 001/SP-LA/2011, que, ao prever a apresentação de certidões ou atestados de capacidade técnica comprobatórios da execução de atividade anterior pertinente e compatível com a do objeto licitado, deixou de definir objetivamente como seriam avaliadas a pertinência e a compatibilidade, ensejando possível adoção de critérios subjetivos, em desacordo com o disposto no artigo 3° da Lei Federal 8.666/93,

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar-lhes provimento parcial apenas para reformar a R. Decisão no que concerne à aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelo contrato e ao cancelamento das multas aplicadas pelo julgado, tendo em vista que, apesar da irregularidade perpetrada no edital do pregão, não há nos autos indícios de que este tenha produzido efeitos prejudiciais quanto ao resultado do certame e seus desdobramentos práticos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em dar provimento integral ao recurso de Antonio Paulo Borges para exclusão do polo passivo do julgado e, consequentemente, o cancelamento da multa imposta.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de julho de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do reexame “ex officio” e dos recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 448/457), e pelos agentes públicos apenados, Sr. Antonio Paulo Borges, fls. 471/472, Sra. Roseli Silvestre Miranda, fls. 483/499, Sr. Ademir Aparecido Ramos, fls. 500/504, Sr. Carlos Eduardo Batista Fernandes, fls. 505/520, em face da R. Decisão de Juízo Singular

de fls. 433/440, que julgou irregulares o Pregão n° 001/SP-LA/2011, o Contrato n° 004/SP-LA/2011 e o Termo de Aditamento n° 001, e, ainda, aplicou penalidade de multa pecuniária aos agentes públicos responsáveis.

A Procuradoria da Fazenda Municipal alega, em síntese, que as impropriedades havidas não comprometeram os atos, que já se consumaram gerando efeitos consolidados pela ação do tempo, não sendo mais possível o retorno à situação anterior, que a decisão em tela não possui efeito prático, pois o edital, a licitação e o contrato decorrente já se exauriram com a consequente prestação de serviços e o respectivo adimplemento de preços. Com isso, alega que o princípio da acessoriedade, extraído do direito civil, não pode ser aplicado sem qualquer ressalva nos contratos de direito público que tem um regime jurídico próprio. Requer, por fim, que o recurso seja conhecido e provido para o fito de reformar integralmente a R. Decisão guerreada, de modo que sejam acolhidos os instrumentos analisados, ou, ao menos, que sejam reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos ajustes, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e ante a inexistência de prejuízo ao erário, bem como sejam tornadas insubsistentes as multas cominadas aos responsáveis.

O recorrente Antonio Paulo Borges alega discordar da conclusão alcançada por este Tribunal de Contas quanto à irregularidade apontada na condução do Pregão Presencial. Assim, reitera sua posição de defesa que afirma que não ocupava, na época do certame, o cargo de Coordenador de Administração e Finanças da Subprefeitura Lapa, o que foi inclusive confirmado pela própria Subprefeitura. Ressalta que sua atuação foi como membro da equipe de apoio à Pregoeira, e sua participação na contratação posterior se limitou à assinatura do termo de ajuste na qualidade de testemunha. Esclarece, ainda, que sua permanência na Subprefeitura da Lapa foi sempre como funcionário da Coordenadoria de Administração e Finanças. Requer, por fim, o cancelamento da penalidade que lhe foi imposta.

A recorrente Roseli Silvestre Miranda, Pregoeira designada da Subprefeitura da Lapa, alega que a Sessão Pública do Pregão ocorreu dentro dos padrões de normalidade, e acrescenta que não houve interposição de recurso por parte dos licitantes, o que, a seu ver, corrobora com a lisura havida no procedimento. Ressalta, também, a não ocorrência de qualquer dano ao patrimônio público. Alega, ainda, não entender ilegal a exigência de atestados na totalidade do objeto licitado, tendo em vista que foi licitada a quantidade mínima para atendimento das necessidades da Subprefeitura Lapa. Quanto à ausência de detalhamento dos elementos que serviriam para aferir a competência do licitante, esclarece que os mesmos foram devidamente comprovados pelos atestados apresentados, onde pode ser verificada que as quantidades declaradas superam em muito as demandas da Origem, e também considerando que a empresa vencedora sempre prestou os serviços a contento. Requer seja tornada insubsistente a penalidade aplicada, bem como que não seja aplicada qualquer outra forma de sanção, uma vez que não ficou comprovada a existência de desídia, dolo, culpa ou má-fé.

O recorrente Ademir Aparecido Ramos alega, preliminarmente, que não foi intimado na fase instrutória para conhecer das conclusões alcançadas no processo em epígrafe, sendo que apenas foi intimado da R. Decisão de fls. 433/440. Assim, considerando que sua única participação nos autos foi encaminhar um ofício com defesa de terceiro, e que não lhe foi assegurado o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa para apresentar sua própria defesa, requer seja reconhecida a nulidade do julgamento, com o arquivamento do processo e a declaração de nulidade da multa imposta. Quanto ao mérito, esclarece que o serviço foi prestado e pago, não havendo qualquer prejuízo aos cofres públicos, e que sua única e suposta irregularidade cometida foi por ter assinado um aditamento derivado de uma licitação considerada irregular. Informa que o processo respectivo chegou à sua mesa sem qualquer menção de irregularidade ou apontamentos do TCMSP, não havendo razões para atitude diversa a não ser a assinatura do aditamento. No mais, alega ter sido injusto o pagamento de multa em razão de um aditamento originado em uma licitação que não foi efetuada sob sua gestão, não podendo ele deixar de dar continuidade, naquele momento, a um serviço necessário. Quanto ao empenhamento de recursos em montante inferior ao necessário, o recorrente alude ao posicionamento da AJCE às fls. 413/416, no sentido da admissibilidade do empenho parcelado em face do disposto no competente decreto de execução orçamentária. Destaca, ainda, que o Termo Aditivo nº 001 já se exauriu, com a consequente prestação dos serviços, e que o Contrato e respectivo aditamento merecem ser preservados em homenagem ao princípio da segurança jurídica dos atos administrativos e à primazia do interesse público. Por fim, requer seja o recurso conhecido e provido, para que sejam acolhidos os instrumentos examinados e reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos ajustes, bem como seja tornada insubsistente a multa que lhe foi cominada , não lhe sendo aplicada qualquer outra forma de sanção, uma vez que não ficou comprovada a existência de desídia, dolo, culpa ou má-fé.

O recorrente Carlos Eduardo Batista Fernandes alega que o objeto da contratação é único e que os atestados apresentados atendiam e respeitavam os ditames legais para a legalidade do Pregão, e, portanto, em momento algum houve qualquer atitude dolosa de sua parte, não ocasionando, dessa forma, qualquer dano ao erário e à Administração Pública. Aduz que as empresas que não foram classificadas sequer apresentaram recursos em oposição ao certame, e que os motivos da desclassificação das demais empresas constam em ata. Acrescentou, ainda, que houve uma clara concordância das empresas que não atenderam às qualificações exigidas, o que afasta o argumento de subjetividade. Requer o acolhimento das razões recursais e que se determine o arquivamento do presente processo em nome do recorrente, tendo em vista que não há qualquer nexo de causalidade com o exercício de sua função, nem a prática de qualquer ação dolosa que acometa a Administração Pública ou o Erário Municipal.

Instada a se pronunciar acerca dos recursos, a Auditoria, fls. 528/539, retificou os apontamentos dos Relatórios de fls. 280/286 para a exclusão do servidor Antonio Paulo Borges da relação de responsáveis pelas infringências apontadas nos campos C.18 de fls. 283 e 286, e ratificou as demais conclusões dos Relatórios mencionados pelas infringências constatadas no campo

C.18 da fl. 283. Considerando que a r. Decisão recorrida entendeu pela admissibilidade do empenhamento nos moldes efetuados pela Origem, entendeu cabível a reavaliação da penalidade imposta aos servidores relacionados à fl. 283 (Srs. Carlos Eduardo Batista Fernandes, Rogério Gebara, Antonio Paulo Borges e Miguel dos Santos Coqueiro) e à fl. 286 (Srs. Ademir Aparecido Ramos, Antonio Paulo Borges e Miguel dos Santos Coqueiro).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, fls. 541/557, pronunciou-se pelo conhecimento dos recursos, tendo em vista o cumprimento do estabelecido no artigo 138 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, bem como do artigo 46 da sua Lei Orgânica, e, em relação ao recurso "ex officio", no artigo 137 e parágrafo único do mesmo Regimento.

Referentemente à preliminar arguida pelo recorrente Ademir Aparecido Ramos, de não observação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, observou a AJCE que, na devida análise dos autos, verifica-se que o recorrente, na qualidade de Subprefeito da Lapa, não só foi intimado à fl. 293, como também apresentou sua defesa às fls. 327/328, não havendo de se falar em afronta ao referido princípio constitucional. Sobre a preliminar arguida pelo recorrente Antonio Paulo Borges, acompanhou o entendimento da AUD e opinou pelo acolhimento, com o fito de excluir o servidor do polo passivo do julgado e, consequentemente, cancelar a multa que lhe foi imposta.

No que tange ao mérito dos recursos, a AJCE considerou improcedentes os argumentos dos recorrentes, uma vez que, devendo a Administração Pública motivar as suas decisões a fim de possibilitar o controle dos atos administrativos, deveria o Edital do Pregão ter definido objetivamente os critérios de avaliação da pertinência e compatibilidade dos atestados apresentados com o objeto da licitação. Ademais, considerou a AJCE que a exposição dos motivos de desclassificação dos licitantes foi demasiadamente vaga e sucinta, deixando de especificar quais os motivos de fato e de direito que levaram à inabilitação dos mesmos. Quanto às ponderações feitas pela Procuradoria da Fazenda Municipal em seu recurso, de que "o princípio da acessoriedade, extraído do direito civil, não pode ser aplicado sem qualquer ressalva nos contratos de direito público", observou que o princípio emprestado do Direito Contratual Civil, segundo o qual "a sorte do acessório acompanha a do principal", decorre da linha adotada pelo Novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 92, e que deve ser observado pelos contratos administrativos, por força do artigo 54 da Lei Federal n° 8.666/93, que prevê a aplicação aos contratos administrativos dos preceitos da teoria geral dos contratos. Destacou que esta Corte de Contas tem adotado em seus julgados o princípio da acessoriedade, mencionando os TC's 72-001.534.07-11, 72-001.484.08-26 e 72-003.776.05-60. Assim, opinou pelo improvimento do reexame necessário e dos recursos voluntários, mantendo-se a R.Decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, fls. 559/560, opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos. No mérito reiterou os termos de sua peça recursal, para que a R.Decisão seja reformada, considerando-se, ao final,

regulares os atos analisados ou, alternativamente, sendo aceitos os efeitos financeiros, eis que não se vislumbram dolo ou prejuízo ao erário.

A Secretaria Geral, fls. 562/568, opinou pelo conhecimento de todos os recursos examinados, uma vez que se encontram presentes os requisitos de sua admissibilidade. Na mesma linha de entendimento da AJCE, afastou a preliminar de nulidade da R.Decisão arguida pelo recorrente Ademir Aparecido Ramos. Quanto à preliminar de ilegitimidade de parte apresentada pelo recorrente Antonio Paulo Borges, entendeu pela sua acolhida, com a finalidade de se dar provimento ao recurso interposto, para a exclusão do recorrente do polo passivo do processo e cancelamento da multa que lhe foi aplicada. Assim, no mérito, manifestou-se pelo provimento do recurso de Antonio Paulo Borges, para excluí-lo da demanda, e pelo não provimento dos demais recursos apresentados, considerando que as justificativas apresentadas não trouxeram nenhum elemento capaz de elidir as irregularidades constatadas no Pregão, mantendo-se também a irregularidade do Contrato e do Aditamento, dele decorrentes, em face do princípio da acessoriedade.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos “ex officio” e voluntários ora em julgamento, uma vez que se encontram presentes os requisitos legais e regimentais de sua admissibilidade.

Afasto a preliminar arguida pelo recorrente Ademir Aparecido Ramos, de não observação do princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez que se constata, à fl. 293 dos autos, que o mesmo foi intimado, por ofício, para conhecer do Relatório de Avaliação de Licitação e do Relatório de Avaliação de Contratação elaborados pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte de Contas, e oferecer as justificativas e esclarecimentos que entendesse cabíveis em face do ali apontado, tendo então apresentado a sua defesa, que se encontra juntada às fls. 327/328 deste feito.

Referentemente à matéria preliminar apresentada pelo recorrente Antonio Paulo Borges, os elementos constantes dos autos demonstram que a sua indicação como responsável pela infringência constatada foi equivocada, razão pela qual acompanho o entendimento dos órgãos preopinantes pelo acolhimento da preliminar, para excluir o servidor do polo passivo do julgado e, consequentemente, cancelar a multa que lhe foi imposta.

Quanto ao mérito, as razões recursais não se demonstraram capazes de afastar a irregularidade verificada em relação ao item 9.2.1 do Edital do Pregão Presencial n° 001/SP-LA/2011, que, ao prever a apresentação de certidões ou atestados de capacidade técnica comprobatórios da execução de atividade anterior pertinente e compatível com a do objeto licitado,

deixou de definir objetivamente como seriam avaliadas a pertinência e a compatibilidade, ensejando possível adoção de critérios subjetivos, em desacordo com o disposto no artigo 3° da Lei Federal n° 8.666/93.

Não obstante, em reanálise dos autos, em especial da Ata da Sessão Pública juntada às fls. 177/178, com publicação às fls. 179/180, constata-se que a irregularidade perpetrada não foi causa de inabilitação das empresas participantes do Pregão, uma vez que as desclassificações ocorreram

(***i***) pela não apresentação, por parte de uma das licitantes, do catálogo/informativo que deveria acompanhar a proposta, conforme estabelecido no item 8.4, "d", do Edital;

(***ii)*** pelo não atendimento das especificações técnicas contida no Anexo I do Edital, ou seja, no Termo de Referência e Especificações Técnicas, relativamente aos catálogos apresentados por duas outras licitantes juntamente com suas propostas, conforme estabeleceu o Edital, sendo que a ausência da interposição de recurso administrativo pressupõe a aceitação dos atos da Sra. Pregoeira quanto às desclassificações realizadas.

Por seu turno, deve ser sopesado o fato de que os atestados de capacitação técnica apresentados pela licitante vencedora do certame não foram questionados pela Auditoria, conforme se vê pelo item 12.18[1] do Relatório de Avaliação de Licitação de fls. 276/279, em que esse tópico foi considerado sem infringências, remetendo às fls. 154/175 dos autos, não se podendo inferir, por conseguinte, que a irregularidade atribuída ao item 9.2.1 do Edital tenha carreado subjetividade à decisão de habilitação da empresa classificada em 1° lugar na licitação.

Posto isto, uma vez acolhida a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pelo Sr. Antonio Paulo Borges, dou provimento integral ao seu recurso, para exclusão do mesmo do polo passivo do julgado e, consequentemente, cancelamento da multa imposta. Quanto aos demais recursos examinados, dou-lhes provimento parcial apenas para reforma da R. Decisão no que concerne à aceitação dos efeitos financeiros produzidos pelo Contrato e ao cancelamento das multas aplicadas pelo julgado, tendo em vista que, apesar da irregularidade perpetrada no Edital do Pregão, não há nos autos indícios de que este tenha produzido efeitos prejudiciais quanto ao resultado do certame e seus desdobramentos práticos. Ademais, cabe considerar que a Contratada não foi chamada ao processo, sendo que uma esfera de interesses pode ser afetada por decisão de não aceitação dos efeitos financeiros produzidos pela avença.

[1] "12.18 – Existem evidências de que o licitante vencedor comprovou os requisitos mínimos da qualificação exigidos no ato convocatório, conforme itens 12.11 a 12.15 desta planilha (LF 8.666/93 – art. 27 a 33)".