- EM TRAMITAÇÃO -

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.060.02-94

RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que não conheceu o recurso e aplicou multa. CET. Princípio da Fungibilidade. Recebido como RECURSO DE REVISÃO. Art. 148 RITCMSP e art. 5º, XXXIV, a, CF. CONHECIDO. MULTA AFASTADA. Votação unânime.

ACÓRDÃO 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, nos termos da declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Revisor, bem como pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales e Edson Simões, acompanhados pelo Conselheiro Maurício Faria – Relator, quando este modificou sua posição constante no relatório e voto, nos termos do parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, em conhecer do apelo interposto pelo Senhor Francisco Macena da Silva como recurso de revisão, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, por preenchidos os pressupostos de admissibilidade, preconizados no artigo 148 do mencionado Regimento Interno. Acordam, ademais, à unanimidade, no mérito, em afastar a multa imposta ao recorrente, uma vez que não restou caracterizada a intenção dolosa do agente ou tampouco prejuízos ao Erário, com fundamento nas disposições insertas no parágrafo único do artigo 55 da Lei Municipal 9.167/80, c/c o artigo 88 do Regimento Interno deste Tribunal. **Relatório**: Em julgamento, o Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Francisco Macena da Silva contra o v. Acórdão datado de 29 de março de 2006, que não conheceu do Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por ausência de interesse recursal, restando prejudicada a análise do mérito. Alega o Recorrente, em sede de preliminar, a nulidade da decisão que lhe impôs a penalidade de multa, em razão do descumprimento do prazo de publicação, no Diário Oficial do Município, do despacho retificatório da contratação, por violação ao direito de defesa, haja vista não ter sido intimado a se manifestar na instrução original do feito. No mérito, reitera os termos do Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, defendendo sua legitimidade para recorrer da decisão que lhe aplicou a pena de multa, e afirma que embora fosse o ordenador da despesa não pode ser responsabilizado por qualquer irregularidade no procedimento licitatório, já que havia empregados responsáveis por cada ação. Requer, ao final, o acolhimento da preliminar ou a anulação da multa aplicada pelos motivos expostos. Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo esclareceu que o Acórdão atacado pelo Recurso em exame cuidou apenas do julgamento do recurso anteriormente interposto pela PFM, quando pretendeu a reforma parcial da decisão original para ver excluída a multa aplicada ao responsável. Asseverou que o presente apelo pretende rediscutir matéria decidida já em grau recursal, ação que não encontra amparo regimental, razão pela qual opinou pelo não conhecimento do Recurso. A ilustre Assessora Subchefe discordou do entendimento anterior,

salientando que a matéria trazida no Recurso - cerceamento de defesa - tem índole constitucional e deve ser examinada por esta Corte. Assim, sugeriu o recebimento do apelo como Recurso de Revisão, em homenagem ao princípio da fungibilidade dos recursos, e opinou pelo seu provimento para tornar insubsistente a multa aplicada. O mesmo entendimento foi compartilhado pelo Assessor Jurídico Chefe de Controle Externo. O Órgão Fazendário requereu a declaração de nulidade do processo, em face da presença de vício insanável e imprescritível. A Secretaria Geral propôs o recebimento do Recurso interposto como de revisão, com o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, para o fim de anular a parte do acórdão relativo à aplicação da penalidade. É o relatório. **Voto**: O Recurso interposto pelo Sr. Francisco Macena da Silva pretende ver rediscutida matéria relativa à aplicação da penalidade de multa, decidida pelo E. Tribunal Pleno, em 03 de dezembro de 2003. Ocorre, contudo, que a referida decisão não pode mais ser atacada, pela via do Recurso Ordinário, já que ocorrida a preclusão temporal, conforme mostram os fatos a seguir apresentados em ordem cronológica para melhor elucidação. Em 21 de janeiro de 2004, o Recorrente foi intimado da decisão que acolheu o Contrato nº 23/2002 e lhe aplicou a pena de multa. Naquela oportunidade, foi cientificado da possibilidade de oferecer Recurso, no prazo de quinze dias. O interessado deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal. No entanto, a d. Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs Recurso Ordinário, requerendo a anulação da penalidade aplicada. O Recurso de autoria da PFM não foi conhecido por votação unânime, em razão da ausência de interesse para recorrer. Cientificado dessa decisão, ocorrida em 29 de março de 2006, o ora Recorrente interpôs Recurso Ordinário, conforme explicitado no relatório. Os fatos narrados permitem verificar que o Recorrente insurge-se contra o não seguimento do Recurso Ordinário, interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, ao mesmo tempo em que rediscute o mérito da questão, já que requer a nulidade de todos os atos do processo, ou alternativamente, a reforma da decisão para suprimir a pena imposta. O apelo em exame carece de um dos pressupostos de admissibilidade, qual seja, o cabimento (art. 140, 'a' do RITCMSP). O artigo 140, § 1º, do Regimento Interno desta Casa dispõe, "in verbis": 'Indeferido o seguimento do recurso, caberá agravo regimental, no prazo de 05 (cinco) dias, contados da intimação da decisão, a ser decidido pelo Tribunal Pleno'. Portanto, a espécie recursal apta a atacar a decisão que negou seguimento ao Recurso Ordinário interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal é o Agravo Regimental. Ainda que se possa, em prestígio ao princípio da fungibilidade, defender o recebimento do apelo como agravo regimental, dois outros entraves impõem-se: o prazo e a matéria objeto do Recurso. O Recorrente apresentou seu apelo valendo-se do prazo de 15 dias, o que tornaria intempestivo o agravo regimental, e nele ventilou também matéria, não se limitando a requerer o recebimento do Recurso Ordinário interposto pela PFM. Também não há razão para receber o apelo como Recurso de Revisão, como defendido pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, pois ausentes os requisitos estabelecidos pelo artigo 148 do Regimento Interno desta Casa. No entanto, a matéria apresentada em sede de preliminar merece enfrentamento pelo E. Tribunal Pleno, dada sua natureza constitucional. Assim, não obstante haja impedimento para o recebimento do Recurso apresentado, conheço do requerimento de fls. 216/219 com fundamento no direito de petição, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXIV, 'a', da Constituição da República. De fato, denota-se dos elementos contidos nos autos que o ordenador da despesa apenado só obteve ciência do quanto

processado quando da sua intimação para conhecer do Acórdão de fls. 174/175, sem que tivesse oportunidade de manifestar-se antes da decisão, o que configura violação ao princípio da ampla defesa, previsto constitucionalmente. Nessa linha de entendimento, citamos jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal, consolidada na Súmula Vinculante nº 3, que reza: 'NOS PROCESSOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ASSEGURAM-SE O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA QUANDO DA DECISÃO PUDER RESULTAR ANULAÇÃO OU REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO QUE BENEFICIE O INTERESSADO, EXCETUADA A APRECIAÇÃO DA LEGALIDADE DO ATO DE CONCESSÃO INICIAL DE APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO'. Diante do exposto, e reconhecendo a violação à ampla defesa ocorrida no presente caso, conheço do pedido formulado, com fundamento no direito de petição, e acolho a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pelo interessado, para o fim de promover-se a anulação da penalidade aplicada, com o retorno dos autos à fase instrutória da análise do Contrato nº 23/2002, com a consequente intimação de todos os interessados, como forma de atender ao princípio constitucional da ampla defesa aos envolvidos na presente contratação. **Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Revisor**: Considerando os subsídios constantes dos autos e sobretudo as ponderações alvitradas pela douta Assessoria Jurídica de Controle Externo as quais adoto como razão de decidir, em homenagem ao Princípio da fungibilidade recursal, conheço do recurso interposto pelo Sr. Francisco Macena da Silva como de Revisão, por preenchidos os pressupostos para a sua admissibilidade, preconizados pelo artigo 148 do Regimento Interno deste Tribunal. No tocante ao mérito, pelo que dos autos consta, não restou caracterizada a intenção dolosa do agente ou tampouco prejuízos ao Erário. Assim, com fundamento nas disposições insertas no Parágrafo Único do artigo 55 da Lei Municipal nº 9.167/80, c/c o artigo 88 do Regimento Interno, fazendo-se justiça, afasto a pena de multa imposta ao ora recorrente. Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Eurípedes Sales e Edson Simões. Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Substituta Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia. Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de julho de 2009. a) Roberto Braguim – Presidente; a) Antonio Carlos Caruso – Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte." Ausentou-se do Plenário o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, por motivo previamente justificado. Designado Revisor "ad hoc" o Conselheiro Eurípedes Sales.