EM TRAMITAÇÃO

JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-001.271.00-38

RECURSO DE REVISÃO. Decisão que julgou irregular, aplicou multa e determinou instalação de diligência. Execução das obras de ampliação da área de serviços das equipes técnicas do autódromo. EMURB. Afastadas ofensa ao direito de defesa e inconformidades legais no Acórdão. Art. 71, VIII, CF; art. 3º, "caput", Lei 8.666/93 e art. 136, II, RITCMSP. Existência de fatos novos, por aceita a aplicação da taxa de BDI. Julgados de eficácia contida, condicionados ao resultado de sindicância. PROVIDO, com reforma parcial, para acolher a licitação e o ajuste e cancelar a multa aplicada aos ordenadores da despesa. Arts. 86, II e 148, II, RITCMSP e art. 45, IV, Lei 9.167/80. Votação unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso de revisão, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer do recurso de revisão interposto, por presentes os pressupostos previstos no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte.

Considerando que a sindicância determinada à Empresa Municipal de Urbanização – Emurb, constante do relatório de fls. 2.582/2.585 dos autos, concluiu pela adequação do critério adotado para o cálculo da taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI aplicada na contratação.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar provimento ao recurso de revisão, com fundamento no artigo 148, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, equivalente ao artigo 45, inciso IV, da Lei Orgânica Municipal 9.167/80, e, via de consequência, em reformar parcialmente os VV. Acórdãos de fls. 2.382/2.383 e 2.553/2.554 dos autos, para acolher a licitação e o ajuste dela decorrente, bem como cancelar as multas aplicadas aos ordenadores da despesa, registrando, ainda, que os julgados são de eficácia contida, posto que condicionados ao resultado da referida sindicância.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales.

Declarou-se impedido o Conselheiro Maurício Faria, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" Fábio Costa Couto Filho.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de julho de 2008.

Edson Simões
Presidente

Roberto Braguim
Relator

RELATÓRIO

Em foco de apreciação Recurso de Revisão, interposto por GENIVAL REINALDO PADOVAN PACHECO, ao V. Acórdão exarado em 07/05/2003, da relatoria do Nobre Conselheiro Eurípedes Sales, às fls. 2.553/2.554, que manteve a multa aplicada aos ordenadores da despesa, concernente ao contrato pactuado entre a EMPRESA MUNICIPAL DE URBANIZAÇÃO – EMURB e a empresa CARIOCA CHRISTIANI-NIELSEN ENGENHARIA S/A, determinada pelo V. Acórdão de 13/12/2000, que deliberou à Pasta informar as conclusões alcançadas na sindicância destinada a apurar o valor do prejuízo causado e os responsáveis pelos atos praticados.

A interposição do Recurso está calcada nos artigos 137, inciso III, e 148, inciso III, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, e fundamentada, em síntese, na infringência aos artigos 5º, LV, e 71, VIII, da Constituição Federal, artigo 3º, "caput", da Lei Federal no 8.666/93, e artigo 136, II, do aludido Diploma Interno (fls. 2.604/2.613).

No parecer de fls. 2.621/2.630, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que o Recurso preenche os pressupostos previstos no artigo 140 do Regimento Interno, afastando, todavia, desde logo, a alegada afronta aos preceitos constitucionais, legais e regulamentares citados nas razões que escoram o pleito de revisão.

Considerou, entretanto, a superveniência de fato novo que enseja a modificação substancial do V. Julgado atacado, em face dos resultados obtidos na sindicância levada a efeito pela EMURB.

Nessa mesma senda foram as manifestações da Procuradoria da Fazenda Municipal (fl. 2.633) e da Secretaria Geral (fls. 2.634/2.636).

A sindicância realizada pela EMURB foi objeto de percuciente análise por parte da Coordenadoria VI, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no relatório encartado às fls. 2.639/2.650, endossado pelo Coordenador Chefe, concluindo pela impossibilidade de afirmar-se a ocorrência efetiva de dano ao Erário, no procedimento adotado pelos agentes da empresa estatal, malgrado mantivesse o entendimento de que o BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) deveria ser diferenciado também para serviços acabados e para serviços especializados de terceiros. Tais conclusões levaram o Órgão Técnico Jurídico e a Procuradoria da Fazenda Municipal a manter a posição externada nos pareceres exarados anteriormente (fls. 2.653/2.658, 2.659 e 2.660/2.661).

É o relatório resumido.

VOTO

Consigno, inicialmente, por indispensável, que o V. Acórdão de 13/12/2000, projetado às fls. 2.382/2.383, no julgamento do Contrato nº 165901000, firmado entre a EMURB e a empresa CARIOCA CHRISTIANI-NIELSEN ENGENHARIA S/A, para execução das obras de ampliação da área de serviços técnicos do Autódromo Municipal José Carlos Pacce, determinou, à unanimidade:

a) a instauração de sindicância, para a apuração do prejuízo pela adoção do BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) de 35% (trinta e cinco por cento), e a indicação dos responsáveis ao ressarcimento do quanto apurado;

b) a multa de 238 Ufirs a cada membro da Comissão de Licitação e ao ordenador da despesa; e c) por maioria, envio ulterior de cópia ao Ministério Público, caso constatada ilicitude de conduta quando do encerramento da sindicância.

A seu turno, o V. Acórdão de 07/05/2003, constante às fls. 2.553/2.554, conhecendo dos recursos ordinários, deliberou, por maioria: a) cancelar as multas impostas aos membros da Comissão de Licitação; e b) a EMURB informar as conclusões alcançadas na sindicância destinada à indicação dos responsáveis e o valor do prejuízo causado.

Este último Acórdão é objeto do inconformismo do recorrente, sendo que o outro apenado como ordenador da despesa, JOAQUIM GABRIEL OLIVEIRA MACHADO NETO, não ofereceu recurso ou qualquer impugnação.

O pedido de revisão, como já registrado na parte relatorial, está fundamentado na ofensa aos preceitos constitucionais, legais e regulamentares

invocados pelo recorrente, que, para melhor compreensão, são transcritos em nota de rodapé deste pronunciamento.

1. Primeiramente, não houve qualquer ofensa ao artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988, uma vez que o direito de defesa e o contraditório foram amplamente respeitados pelos VV. Acórdãos proferidos no âmbito deste TC.

Nem há razoabilidade na insurgência pelo fato de que o V. Acórdão não entrou em minúcias na sua fundamentação, reportando-se ao relatório e voto vencedor do Conselheiro Relator, que examinou, à exaustão, todas as questões controvertidas nos autos.

Certo, por outro lado, que a garantia inserta no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna não está condicionada à correção ou exatidão dos motivos do Julgado atacado, senão, à oportunidade que tem o interessado de se defender e apresentar provas no processo em que é envolvido ou implicado, como resulta do próprio enunciado daquela norma:

> *'LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados, em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.'*

Esse direito ele pôde exercer com plenitude, inclusive, oferecendo, com os demais apenados, recurso ordinário ao V. Acórdão, de 13/12/2000, conforme se vê às fls. 2.447/2.462.

2. Por segundo, a multa prevista no artigo 71, inciso VIII, da Constituição Federal, é de caráter reparatório, enquanto a sanção pecuniária, imposta pelo primeiro Julgado de fls. 2.382/2.383, mantida apenas para os ordenadores da despesa, pelo V. Acórdão de fls. 2.553/2.554, ora bombardeado pelo Recurso de Revisão de fls. 2.604/2.613, é de cunho administrativo, posto que tem como causa geradora infrações à Lei no 9.167/80 e ao Regimento Interno desta Egrégia Corte de Contas.

De conseguinte, são sanções de natureza totalmente distintas, de sorte que o recorrente dá ao dispositivo constitucional interpretação imprópria, e, "venia concessa", manifestamente descabida, até porque não haveria qualquer correspondência entre o "quantum" da imposição e aquele de cunho reparatório, caso fosse efetivamente apurado prejuízo na sindicância realizada pela contratante.

3. Em terceiro, o recurso carece de razoabilidade quando sustenta violação do V. Acórdão ao artigo 3º, "caput", da Lei Federal no 8.666/93, que encerra princípios éticos e jurídicos que devem ser observados, respeitados e cumpridos por todos os agentes da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, e por todos aqueles que desejam contratar com as entidades públicas.

Trata-se, ademais, de alegação que escapa ao âmbito do pedido de revisão.

4. Por fim, o recorrente justifica também o presente recurso na violação ao artigo 136, inciso II, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, que exige como requisito de validade e eficácia, a motivação de suas decisões.

Todavia, eventuais infringências ao Diploma Interno não se prestam a fundamentar o pedido de revisão, cujo campo está restrito às matérias listadas em seu artigo 148, invocando o recorrente, no caso, a hipótese do inciso III (violação de disposição literal de lei).

As infringências afirmadas ao texto constitucional e à regra do artigo 3º da Lei Federal no 8.666/93, já foram descartadas nos itens precedentes deste pronunciamento, de sorte que, no rigor jurídico, o recurso "sub examine" não teria esteio na norma regimental, ou no artigo 45, incisos III, IV e V, da Lei Orgânica deste Sodalício, pelos fundamentos expostos.

Demais disso, é da jurisprudência de nossos Egrégios Tribunais que:

> *'O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por ela e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos'*
> *(JTJ 259/14).*

> *'A constituição não exige que a decisão seja extensamente fundamentada. O que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento'*
> *(STF, 2ª. Turma, AI 162.089-8-DF-AgRg, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 15.03.96, pág. 7.209).*

Entendo, contudo, que o Recurso merece acolhida com assento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno, c/c o artigo 45, inciso IV, da Lei Municipal no 9.167/80, em face do resultado da sindicância executada pela EMURB, em cumprimento aos VV. Acórdãos de fls. 2.382/2.383 e 2.553/2.554, concluindo pela adequação do critério adotado para o cálculo de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI) no contrato pactuado com a empresa CARIOCA CHRISTIANI-NIELSEN ENGENHARIA S/A, conforme relato copiado às fls. 2.582/2.594.

Nesse documento a Comissão Especial de Sindicância, constituída pela EMURB, esclareceu que a taxa do BDI, aplicada em procedimentos licitatórios, é variada, inexistindo um padrão único.

Explicitou, também, que na composição de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI adotou a taxa linear de 35% (trinta e cinco por cento), em função do valor médio dos custos considerados na planilha de orçamento, para evitar a multiplicidade daquela taxa, que poderia oscilar para mais ou para menos, por item de serviço e de material empregado na obra.

A planilha comparativa, que acompanha o relatório, revela Bonificação e Despesas Indiretas – BDI total de outras empresas públicas superiores àquele definido na licitação e contrato com a licitante vencedora (fls. 2.577/2.578).

Destaco, ainda, o fato de que a fiscalização, a despeito de manter o entendimento de que o BDI deveria ser diferenciado para produtos acabados e serviços de terceiros, reconheceu a impossibilidade de se afirmar a ocorrência de prejuízo efetivo ao Erário, posto tratar-se de orçamento referencial para licitação, onde os interessados são livres para propor seus preços totais (fl. 2.650).

Em suma, não há certeza de que houve lesão aos cofres públicos na adoção da taxa média ou referencial para a contratação almejada na licitação e, sobretudo, quantificação estimativa do prejuízo alegado nos elementos da engenharia que subsidiaram o decreto de julgamento.

Por tais razões, reforçadas pelos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, estou dando provimento ao pedido de Revisão, com apoio no artigo 148, inciso II, do Regimento Interno desta Casa, equivalente ao artigo 45, inciso IV, da Lei Orgânica nº 9.167/80, e, via de consequência, reformando parcialmente os VV. Acórdãos, de fls. 2.382/2.383 e fls. 2.553/2.554, para acolher a licitação e o ajuste, dela decorrente, cancelando as multas aplicadas aos ordenadores da despesa.

Registro, ainda, que os julgados são de eficácia contida, posto que condicionados ao resultado da sindicância determinada à contratante EMURB, constante do relatório de fls. 2.582/2.585.