TC nº 72-001.392.04-86

2º JULGADO
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que acolheu o contrato, com advertência e multa. AHM. Repetição de indébito indeferida. Cerceamento de defesa caracterizado. Falhas relevadas. Decisão e sanção nulas. Votação por maioria

1º JULGADO
ANÁLISE. CONTRATO. AHM. Aquisição de materiais para neurocirurgia. ACOLHIDO. Votação unânime ADVERTÊNCIA. Votação por maioria.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Edson Simões, após vista que lhe fora concedida na 2.448ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales, preliminarmente, em indeferir o pedido de repetição de indébito, tendo em vista que o Tribunal de Contas do Município não é o titular do crédito, mas a Municipalidade de São Paulo, pessoa competente para conhecer e julgar o referido requerimento.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, também em preliminar, em acolher "ex officio" a matéria levantada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Corte, qual seja, o cerceamento de defesa.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em votar pela nulidade da decisão proferida à fl. 63 dos autos, bem como da sanção aplicada, e, com base no até então processado, relevar as falhas, por serem meramente formais.

Vencido o Conselheiro Edson Simões, que, nos termos do voto apresentado em separado, conheceu do recurso interposto como de revisão, por preenchidos os requisitos de admissibilidade, porém, no mérito, negou-lhe provimento, tendo em vista que o recorrente nenhum fato novo trouxe aos autos que justificasse a alteração no decisório recorrido, mantendo, assim, o V. Acórdão proferido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 7 de outubro de 2009.

Roberto Braguim
Presidente.

Maurício Faria
Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o recurso voluntário interposto pelo Sr. Aloísio Punhagui Cuginotti contra o v. Acórdão proferido em 27 de abril de 2005, que, à unanimidade, acolheu o Contrato nº 40/03 e, por maioria, aplicou-lhe pena de advertência, em razão da extemporaneidade da publicação do extrato do ajuste, da extrapolação em 4 dias do prazo máximo para contratações emergenciais e da incorreção no fundamento legal contido no despacho de autorização.

Em 09 de maio de 2005, a Procuradoria da Fazenda Municipal encaminhou ao Subprefeito do Jabaquara ofício com cópia do Acórdão publicado no Diário Oficial da Cidade. Em 16 de junho de 2005, o Recorrente foi intimado da decisão proferida pelo E. Tribunal Pleno e, na mesma data, recolheu aos cofres da Municipalidade de São Paulo o valor de R$ 361,00, a título de multa, juntando aos autos o respectivo comprovante de recolhimento, conforme documento de fl. 72.

Ciente do ocorrido, a Sra. Supervisora Técnica de Cartório e Arquivo informou ao então Conselheiro Relator que o ordenador da despesa deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal e, ainda, que recolheu indevidamente valor referente à multa, tendo em vista que o voto do Conselheiro Edson Simões, o qual impunha a penalidade pecuniária, restou vencido.

Constatado o equívoco cometido pelo ordenador da despesa, o Relator determinou a expedição de ofício à Origem para ciência do ocorrido e providências para o registro da pena de advertência no prontuário do responsável. Depois de duas reiterações do ofício, a Origem, em 16 de setembro de 2005, acusou seu recebimento e apresentou requerimento subscrito pelo interessado, requerendo a devolução do valor indevidamente recolhido.

Em 31 de outubro de 2005, o responsável pela despesa interpôs Recurso, expondo o contexto em que foi celebrado o Contrato nº 40/03 e as adversidades que o cercaram. Alegou que a falha referente à publicação não maculou o ajuste e que a imposição da pena de advertência fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Requereu, ao final, o recebimento do apelo e, no mérito, a reforma da decisão para cancelar a penalidade imposta.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo indeferimento do pedido de repetição do indébito, por não ser o Tribunal de Contas a instância competente para seu atendimento, e propôs a expedição de certidão, atestando a aplicação da pena de advertência e a incorreção do recolhimento efetuado pela Guia de Arrecadação nº 169316. Quanto ao apelo de fls. 89/91, afirmou ser este intempestivo enquanto recurso ordinário, mas sugeriu o seu recebimento como recurso de revisão, em homenagem ao princípio da fungibilidade. Informou que a análise dos autos revela a inobservância do devido processo legal e da ampla defesa, uma vez que não foi propiciado ao Recorrente o exercício do contraditório no momento processual oportuno. Não obstante, entendeu a AJCE que não se pode afirmar caracterizado o cerceamento de defesa, em face do reexame de mérito realizado nesta oportunidade que enseja o provimento do apelo.

A PFM acompanhou, na íntegra, a manifestação precedente.

A Secretaria Geral opinou pelo recebimento do apelo como recurso de revisão, diante do atendimento dos requisitos impostos pelo art. 148, III, do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, pelo seu provimento.

É o relatório.

VOTO

Acompanho a manifestação dos órgãos técnicos desta Casa quanto ao indeferimento do pedido de repetição de indébito, tendo em vista que o Tribunal de Contas não é o titular do crédito, mas a Municipalidade de São Paulo, pessoa competente para conhecer e julgar o referido requerimento.

Quanto ao Recurso interposto, não vejo razão para recebê-lo como recurso de revisão, tal como defendido pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e corroborado pela Secretaria Geral, pois, para tanto, ausentes estariam os requisitos estabelecidos pelo artigo 148 do Regimento Interno desta Casa.

Não obstante, mesmo não trazendo o Recurso nenhuma discussão ou fato que pudesse ensejar a revisão tal como prevista regimentalmente, a matéria levantada pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, qual seja, o cerceamento de defesa, merece ser enfrentada "ex officio" pelo simples fato de sua natureza constitucional.

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 fl. 63, sem que tivesse oportunidade de se manifestar 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.'*

No mesmo sentido, é o teor da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida em 04 de março de 2009, nos autos da Apelação Cível nº 585.295-5/0-00, que invalidou decisão desta Corte a qual imputou débito ao ordenador da despesa sem que ele tenha tido oportunidade de se manifestar durante a instrução processual, conforme parte da ementa a seguir transcrita:

> *APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA – Parecer do Tribunal de Contas, condenando o autor a restituir aos cofres públicos o prejuízo apurado – Interposição de recurso perante o Tribunal de Contas que não supre a ausência de ampla defesa – Ofício expedido pela Municipalidade determinando a restituição do valor, sob pena de inscrição na dívida ativa – Ilegalidade – Ausência de regular processo administrativo – Formalidades legais não observadas – Ato condicionado a prévio procedimento administrativo, com direito a ampla defesa e ao contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Manifestação perante o Tribunal de Contas, que não justifica a ausência de oportunidade de defesa em sede administrativa – Atos diversos, cujas consequências também o são – Manutenção da r. sentença impugnada, que decretou a nulidade do processo administrativo – Improvimento aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade.*

Diante do exposto, há que se reconhecer o cerceamento de defesa, para o fim de promover-se a anulação dos atos realizados após o momento em que a manifestação do interessado desenvolveria o devido processo legal, o que, em outras palavras, representaria a retomada da instrução a partir do momento em que os relatórios produzidos apontam as impropriedades a que se faz menção, as quais, frise-se, são de natureza meramente formal.

Ocorre que, mesmo sendo esse o cenário de retorno à marcha procedimental, sinto-me à vontade para formar minha convicção de julgador a partir dos elementos válidos até então produzidos, posto que todas as informações de irregularidade se consubstanciam em aspectos de natureza formal, e, desta forma, invoco precedentes da própria Corte para conduzir à formulação de nova decisão que reconheça a relevação das referidas impropriedades.

Assim, voto pela nulidade da decisão anteriormente proferida, o que inclui a sanção aplicada, e, com base no até então processado, voto ainda pela relevação das falhas, meramente formais.

VOTO em separado em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Conheço do Recurso interposto como de REVISÃO, por preenchidos os requisitos de admissibilidade, porém, no Mérito, nego-lhe provimento, tendo em vista que a recorrente, nenhum fato novo trouxe aos autos que justificasse a alteração no decisório recorrido. Mantendo-se assim, o Acórdão proferido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 acolher o instrumento analisado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em razão das impropriedades constatadas nos autos, em aplicar ao responsável a pena de advertência, com fundamento no artigo 52, I, da Lei Municipal 9.167/80 e no artigo 86, I, do Regimento Interno desta Corte.

Vencido, em parte, o Conselheiro Edson Simões – Revisor que, nos termos do voto apresentado em separado, aplicou multa ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Maurício Faria e Djalma Donato.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de abril de 2005.

Antonio Carlos Caruso
Presidente.

Roberto Braguim
Relator.

RELATÓRIO

Trata-se da análise do Contrato 040/2003, ajustado entre a Autarquia Hospitalar Municipal Regional do Jabaquara e Plantão Médico Empreendimentos Ltda., tendo por objeto a aquisição de materiais para neurocirurgia para o Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro Saboya, no valor de R$ 617.244,00 (seiscentos e dezessete mil duzentos e quarenta e quatro reais).

A contratação foi efetivada com fundamento no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, alegando a Origem que o processo licitatório estava em andamento e que mudanças na área técnica, aliadas à necessidade de revisão dos itens de materiais solicitados pelos chefes de equipe em razão de corte orçamentário e financeiro ocorrido, impediram a conclusão do certame.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu justificada a contratação emergencial e regular o procedimento, uma vez que foi realizada pesquisa de preços e demonstrada a razão da escolha do fornecedor, conforme preceitua o artigo 26 da Lei Federal 8.666/93.

Referida Assessoria entendeu que a extrapolação do prazo legal máximo das contratações emergenciais, estabelecido no artigo 24, IV, do diploma federal, poderia ser relevada, em razão da diferença insignificante constatada – apenas 4 (quatro) dias –, além de anotar que essa extrapolação ocorreu em período de festas de final de ano, não tendo havido má-fé do agente. Considerou relevável, também, o equivocado enquadramento da contratação no artigo 12, XII, da Lei Municipal 13.271/02 e no artigo 3º da Lei Municipal 13.278/02, constante do despacho autorizador, uma vez que, segundo aquela assessoria, a impropriedade não teve o condão de descaracterizar a autorização, fulcrada no artigo 24, IV, do diploma federal. De outra parte, entendeu caracterizada a infringência ao artigo 26 da lei licitatória municipal, em razão da publicação extemporânea do ajuste.

A divisão auditora, ao externar sua manifestação, o fez no sentido de considerar a contratação regular, ressalvando, no entanto, a infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02.

Por derradeiro, a Procuradoria da Fazenda Municipal emitiu parecer considerando regular o instrumento, pois devidamente justificada a contratação emergencial, entendendo relevável a infringência formal apontada no tocante à publicação do contrato.

É o relatório.

VOTO

Diante das manifestações favoráveis dos órgãos técnicos desta Corte e da Procuradoria da Fazenda Municipal, ACOLHO o instrumento analisado.

Em razão, porém, das impropriedades constatadas, aplico ao responsável, a pena de advertência, com fundamento no artigo 52, I, da Lei Municipal 9.167/80 e no artigo 86, I, do Regimento Interno.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

ACOLHO o Contrato número 040/03.

Em face da impropriedade apontada pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle quanto à extemporaneidade em sua publicação, APLICO ao Ordenador da Despesa a MULTA de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), em conformidade com o disposto no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal número 9.167/80.