EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-001.421.97-81

AUDITORIA. SES. Levantamento de projetos, propostas e estudos e preço pago para fiscalização do lixo. LIMPURB. Existência de ação judicial prolatada com trânsito em julgado. PREJUDICADA. Votação por maioria.

Legislação citada: Art. 25, Lei 8.666/93. Art. 174, parágrafo único, RITCMSP.

2.742ª Sessão Ordinária

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.737ª S.O., a fim de reanalisar seu voto proferido, tendo em vista fato novo e relevante relatado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

CONSIDERANDO o Acórdão anexado aos autos, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo – MPESP acerca da regularidade do Contrato 003/SSO-G/94, apreciou a contratação em seu aspecto formal e em seus aspectos de execução,

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA, consoante voto apresentado em separado, e JOÃO ANTONIO – Revisor que, nos termos de sua declaração de voto, com fundamento no parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno deste Tribunal, modificou seu posicionamento anterior, em entender que o citado julgado constitui coisa julgada prejudicial à análise desta Corte, uma vez que literalmente afastou a existência de má-fé, dolo ou o intuito de fraudar a lei, bem como afastou indícios de prejuízo ao erário ou a hipótese de devolução de quantia recebida pela contratada.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator que, nos termos de seu relatório e voto, conheceu da auditoria realizada e julgou irregular a

execução parcial do Contrato 003/SSO-G/94; e o Conselheiro DOMINGOS DISSEI que julgou regular a execução do referido contrato.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de maio de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte

RELATÓRIO

Trata-se de Auditoria Especial realizada durante os períodos de 07 a 14/03/1997 e de 21/07 a 06/10/1997, para verificação de todos os projetos, propostas e estudos apresentados à Secretaria de Serviços e Obras pela empresa Logos Engenharia S/A, bem como os correspondentes preços, para a fiscalização do lixo, junto à LIMPURB – Departamento de Limpeza Urbana.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou que "foram apresentados, aproximadamente, 95% dos documentos resultantes dos serviços pagos pela mobilização das equipes das Unidades P.2.2.4, P.2.2.6, P.2.2.7, P.2.2.9 relativas ao contrato nº 003/SSO-G/94 e estes documentos apresentados foram elaborados, na sua grande maioria, por técnicos da Engecorps." Ademais, demonstrou que não foi apresentado nenhum documento com resultado de qualquer estudo elaborado pela equipe P.2.2.9.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou "pela irregularidade do procedimento da contratada", tendo em vista que a Logos Engenharia S/A teria sido contratada por inexigibilidade de licitação, por "notória especialização", nos termos do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93, o que não permitiria a subcontratação de parte do objeto ajustado, "por contrariar a própria natureza dessas contratações".

A Origem argumentou que a conclusão da Assessoria Jurídica era equivocada, uma vez que a inexigibilidade de licitação se deu por "inviabilidade de competição", na forma prevista no "caput" do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, e não por "notória especialização". E que, neste sentido, conforme previsto no próprio ajuste, foram contratados serviços de terceiros, por meio da Engecorps, referentes a uma parte reduzida do objeto (13,64%). Alegou, também, que os documentos analisados pela Assessoria Técnica de Engenharia comprovariam a atuação da equipe P.2.2.9.

A Assessoria Técnica de Engenharia reiterou que não foi apresentado nenhum documento com resultado de estudos elaborados pela equipe P.2.2.9.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo reafirmou o caráter personalíssimo do ajuste, que não poderia ter sido subcontratado. A Origem, então, defendeu a higidez do ajuste em comento, por meio do acórdão 80.752.5/7 da Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, transitado em julgado, que julgou improcedente a Ação de Improbidade movida contra os responsáveis pela sua celebração, por entender ter sido caracterizada a inexigibilidade de licitação, autorizadora da contratação direta.

A Assessoria Jurídica concluiu que os argumentos apresentados não afastaram as ilegalidades assinaladas e que o provimento jurisdicional acostado não gerava direitos no presente caso, uma vez que o mencionado Acórdão referia-se ao TC 9.185/94-71, não tendo aquele decisório apreciado as questões suscitadas pela Assessoria Técnica de Engenharia deste Tribunal, nem atingido os responsáveis pelas liquidações das despesas. Por esta razão, reiterou o posicionamento pela irregularidade da execução do Contrato.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido da rejeição da execução contratual e apuração dos prejuízos aos cofres públicos. Nos termos utilizados pelo Órgão Fazendário: "Os autos demonstram não só a ilegalidade da ulterior cessão de serviços, por ferir o princípio "intuito personal" inerente à contratação direta, como, paralelamente, essa 'terceirização' pro domo sua põe à calva o vício da contratação original: se existia empresa apta a se desincumbir dos serviços (= a ulterior 'cessionária'), então fica evidente que existia a viabilidade inicial da licitação, autorizando pressupor que o serviço contratado não era tão singular". Em resposta à defesa conjunta apresentada pelos servidores intimados em decorrência das medições dos serviços pagos, ainda que sem comprovação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que não houve elemento capaz de afastar as ilegalidades apontadas.

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento da auditoria realizada, com o fim de ser declarada a irregularidade da execução do Contrato 03/94. Intimada, a empresa Logos apresentou defesa, sobre a qual a Assessoria Técnica de

Engenharia e a Assessoria Técnica de Economia entenderam que não foi capaz de alterar as suas convicções quanto às ilegalidades constatadas. A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em nova manifestação, manteve seu parecer para que seja "declarada irregular a execução do Contrato nº 003/SSO/94, apurando-se os eventuais prejuízos, apenando os responsáveis pelos atos praticados."

A Procuradoria da Fazenda Municipal afirmou que "os documentos, pronunciamentos e defesas lançadas nos autos, não alteram a convicção da Fazenda exposta as fls. 705/706, no sentido da rejeição da execução contratual e apuração dos prejuízos aos cofres públicos em razão dos fatos apontados nas manifestações dos órgãos técnicos." No mesmo sentido, a Secretaria Geral, reiterou a posição "pelo conhecimento da auditoria realizada, com o fim de ser declarada a irregularidade da execução do Contrato número 003/SSO/94." Levado ao Plenário, o julgamento destes autos foi convertido em diligência, na Sessão Ordinária 2.030ª, em 22 de maio de 2002, para que a Assessoria Jurídica se pronunciasse se a matéria tratada nestes autos dizia respeito ou não ao decidido no Acórdão número 80752.5/7, prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; e se, de algum modo, o Acórdão operaria como prejudicial à apreciação destes autos, caso em que se caracterizaria a prejudicialidade externa, a exemplo da hipótese do artigo 265, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A Assessoria Jurídica reiterou seu parecer, esclarecendo que enquanto o presente TC trata da execução do ajuste, assunto sobre o qual recaem as ilegalidades apontadas, o referido Acórdão tratou da validade do ajuste, já acolhido por este Tribunal (TC 9.185/94-71), celebrado por inexigibilidade de licitação. Desta forma, concluiu não haver qualquer obstáculo ao julgamento do presente TC.

Da mesma forma, se manifestou a Secretaria Geral, concluindo que "no presente processo, na esteira das manifestações precedentes, manifesto-me pelo conhecimento da auditoria realizada para o fim de ser declarada irregular a execução do Contrato 003/SSO/94, em face da liquidação de despesa sem comprovação da efetiva prestação do serviço (§ 2º, artigo 63, da Lei 4.320/64), ficando ao alvedrio de Vossa Excelência as determinações que entender cabíveis à espécie."

Apresentados Memoriais pela empresa Logos Engenharia, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu que a permissão para utilização de serviços de consultoria por profissionais da área está admitida na cláusula sexta do contrato, admitindo, a Administração, a alternativa para a contratada valer-se de serviço extra de apoio à consecução do objeto contratual.

Neste sentido, e com suporte no já referido acórdão, alterou sua posição anterior, passando a concluir que a execução contratual pode ser acolhida. Instada a se manifestar, a Engenharia entendeu que os argumentos trazidos nos memoriais não apresentaram nenhum fato novo para alterar as conclusões relativas à comprovação dos serviços realizados.

Aduziu que para a liquidação da despesa faz-se necessária a apresentação de documentos que comprovem a sua realização.

Assim, para a comprovação de que a equipe P.2.2.9 prestou os serviços, devem ser apresentados os seus resultados, da mesma maneira pela qual comprovou os serviços das demais equipes. Concluiu que, da análise da execução parcial do valor contratual, não restou comprovada a prestação de serviços realizados pela equipe, que corresponde ao valor total de R$ 282.374,40 (duzentos e oitenta e dois mil, trezentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos), data-base - julho/94 que, atualizados até março/14, correspondem à R$ 1.242.898,45 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, oitocentos e noventa e oito reais e quarenta e cinco centavos). Registrou que o valor total medido no referido contrato foi de R$ 31.028.622,98 (trinta e um milhões, vinte e oito mil, seiscentos e vinte e dois reais e noventa e oito centavos) – data-base-julho/94 (atualizados até março/14, correspondem à R$ 136.575.508,76 (cento e trinta e seis milhões, quinhentos e setenta e cinco mil, quinhentos e oito reais e setenta e seis centavos) e que as medições em que estão insertas as despesas referentes à equipe P.2.2.9 foram devidamente assinadas. Opinou que as despesas sem o suporte documental para comprovação da sua execução devem ser glosadas para não configurar prejuízo ao erário.

A Procuradoria da Fazenda e a Secretaria Geral reiteraram, mais uma vez, seus pareceres no sentido de que seja declarada a irregularidade da execução contratual.

É o relatório.

VOTO

Conforme os pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, endossados pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Geral, a análise da execução do Contrato 03/94 demonstrou a ausência de documentos que comprovassem a efetiva execução de serviços pagos, referentes à equipe P.2.2.9 ("Utilização Comercial dos Compostos e Recicláveis").

Evidentemente, a liquidação da despesa se faz necessária a comprovação documental da sua realização, assim como fez a própria contratada em relação às demais equipes envolvidas na execução do mesmo contrato. Os valores despendidos pela Administração para remunerar tais serviços, cuja execução não se comprovou, portanto, devem ser glosados para que não consubstanciem prejuízo ao erário.

Conforme apurado pela então Assessoria Técnica de Engenharia deste Tribunal, os serviços não comprovados correspondem, na data-base julho/94, a R$ 282.374,40 (duzentos e oitenta e dois mil, trezentos e setenta e quatro reais e quarenta centavos) que, atualizados até março/14, correspondem a R$

1.242.898,45 (um milhão, duzentos e quarenta e dois mil, oitocentos e noventa e oito reais e quarenta e cinco centavos).

À vista das conclusões alcançadas nos autos, na esteira das manifestações da então área de Engenharia, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral, que ficam fazendo parte integrante do meu voto, conheço da Auditoria realizada e julgo irregular a execução parcial do Contrato 03/94, em face da liquidação de despesa sem a correspondente comprovação da efetiva prestação do serviço.

Determino a remessa de cópia da decisão a ser prolatada por este Plenário à Origem para que adote as providências necessárias ao ressarcimento aos cofres públicos dos valores pagos indevidamente, conforme apurado, devidamente corrigidos, informando esta Corte de Contas, em 90 (noventa) dias, as medidas adotadas **(2.737ª S.O.)**.

Declaração de voto apresentada pelo Conselheiro João Antonio – Revisor:

De fato, existe uma decisão judicial prolatada pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo decorrente de uma ação civil pública que decretou a nulidade do contrato nº 003/SSO-G/94, firmado entre a Municipalidade de São Paulo e a Logos Engenharia S.A.

Essa decisão foi reformada pela Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dando-lhe provimento aos recursos para julgar a ação improcedente, com trânsito em julgado, de acordo com o Acórdão nº 80.752.5/5, juntado às fls. 606-619 dos autos. Em seu voto, o ilustre Relator Toledo Silva afirma: "O certo é que, o contrato foi devidamente cumprido pela Logos Engenharia S/A, não se podendo falar em devolução da quantia recebida, o que determinaria um enriquecimento sem causa do Poder Público, que recebeu o benefício e nada pagaria".

Desse modo, também entendo que o Acórdão apreciou a contratação em exame incluindo os aspectos de execução, razão pela qual retifico meu posicionamento anterior para acompanhar o voto do Conselheiro Maurício Faria pela prejudicialidade do presente julgado, sugerindo seu arquivamento.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Considerando o Acórdão anexado aos autos, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao julgar Ação Civil Pública proposta pelo MPESP acerca da regularidade do contrato nº 003/SSO-G/94, apreciou a contratação em exame em seu aspecto formal e em seus aspectos de execução,

entendo que o Julgado constitui coisa julgada prejudicial à análise desta Corte, vez que literalmente afastou a existência de má-fé, dolo ou o intuito de fraudar a lei; bem como afastou indícios de prejuízo ao erário ou a hipótese de devolução de quantia recebida pela contratada **(2.737ª S.O.)**.