TC nº 72-001.733.06-67

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Responsabilidade do assessor jurídico só ocorre em casos de má fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro. CONHECIDOS. Votação unânime. Voluntários [omissis], responsabilidade e multa afastadas, PROVIDOS. PFM e Voluntário [omissis], efeitos financeiros aceitos. PROVIDOS PARCIALMENTE. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 24, IV, 26, III, parágrafo único e 55, III, Lei 8.666/93. Art. 12, Dec. Mun. 44.279/03; art. 2º, § 3º, Lei 8.906/94

2.731ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 06.10.2014

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SMT. Serviços de transporte coletivo público de passageiros. Art. 24, IV, Lei 8.666/93. Lei 13.241/01. Emergência não caracterizada. Ausência de justificativa de preços. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC's: 72.003.009.05-50, 72.004.443.06-93 e 72.004.736.06-93.

2.571ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

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

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 dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso e pela empresa Himalaia Transportes Ltda., por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ademais, quanto ao mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, MAURÍCIO FARIA, apresentado em separado, e DOMINGOS DISSEI, em dar provimento aos apelos oferecidos pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso, para o fim de afastar a responsabilidade e, consequentemente, as penalidades a elas impostas, pois a responsabilização do assessor jurídico só deve ocorrer em caso de má-fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a instrução processual, tendo o Conselheiro MAURÍCIO FARIA consignado que houve equívoco de interpretação da decisão proferida, por parte dos Órgãos Técnicos desta Corte, quando se incluiu a indicação das citadas servidoras como responsáveis.

ACORDAM, ainda quanto ao mérito, por maioria, pelos mesmos votos, com fundamento nas manifestações colacionadas aos autos e, principalmente, na decisão proferida pelo Judiciário no que concerne à não comprovação de prejuízo ao erário, em dar provimento parcial aos recursos interpostos pela PFM e pela empresa Himalaia Transportes Ltda., para aceitar os efeitos financeiros decorrentes da contratação, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, mantendo-se, no mais, o V. Acórdão atacado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, que negou provimento aos recursos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão à 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social, do Ministério Público do Estado de São Paulo, em atendimento ao pedido formulado nos autos, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de março de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Analisam-se nos autos os Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso e pela empresa Himalaia Transportes Ltda em face do Venerando Acórdão de folha 307.

No respectivo julgado, o Tribunal considerou irregular a contratação emergencial em razão dos seguintes motivos:

a) Não caracterização da situação emergencial, evidenciada pela tardança de início do procedimento licitatório, à longa indefinição quanto ao modelo a ser adotado e ao tempo transcorrido do suposto fato gerador da situação emergencial ser superior a um ano, desrespeitando o art. 24, inciso IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

b) Ausência de justificativa para o preço contratado, infringindo o inciso III, do parágrafo único, do artigo 26, combinado com o inciso III do artigo 55, da Lei Federal nº 8.666/93 e o artigo 12 do Decreto Municipal nº 44.279/03.

c) Acréscimo do valor contratado em 7,69% (sete vírgula sessenta e nove por cento) após cinco dias de vigência do contrato.

d) Existência, na relação da frota da empresa contratada, de 49 (quarenta e nove) veículos com idade superior a 10 (dez) anos, infringindo o item 3.9 do contrato.

Além disso, não foram aceitos os efeitos financeiros decorrentes do ajuste e foi aplicada multa aos responsáveis identificados à época.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo manifesta-se pelo conhecimento dos recursos interpostos e, antes de proceder a análise do mérito, analisou a arguição de preliminar lançada pelas Recorrentes Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso.

As Recorrentes afirmam que não foi cumprido o instituto do devido processo legal, nem respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois não teriam sido notificadas para apresentar defesa na fase instrutória inicial.

Entretanto, constata-se à folha 320 dos autos a determinação para notificá-las e tomarem ciência do quanto apurado, razão pela

qual refuta a preliminar arguida.

Quanto ao mérito, a Assessoria Jurídica pondera o que segue:

Quanto aos Recursos interpostos pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso:

Por guardarem harmonia nas suas argumentações, passa a analisar conjuntamente.

Alegam que a emissão de manifestações de cunho jurídico embasadas em tese aceitável e/ou alicerçadas em lição de doutrina e jurisprudência, como a que foi produzida, e aceita pela Chefia, atende ao princípio da motivação.

Argumentam, ainda, que a doutrina e a jurisprudência dominantes afastam a corresponsabilidade do assessor jurídico quanto aos pareceres emitidos, diante da não obrigação legal de a autoridade administrativa agir de acordo com o definido no parecer.

Com base no entendimento doutrinário e jurisprudencial apresentado e ante a ausência de dolo ou má fé, manifesta-se pelo provimento dos Recursos interpostos pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso para o fim de afastar a responsabilidade das Recorrentes e, consequentemente, as penalidades a elas impostas.

Quanto ao Recurso interposto pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal:

Argumenta o Órgão Fazendário no sentido de justificar a dificuldade da Administração em realizar uma licitação complexa como a de transporte coletivo.

Após exame das razões recursais, a Assessoria Jurídica entendeu que os argumentos apresentados não foram suficientes para alterar a convicção quanto à irregularidade da contratação.

Quanto ao Recurso interposto pela empresa Himalaia:

Alega a Recorrente que as peculiaridades da área 4, local de atendimento do serviço de transporte público, justificaram as inúmeras tentativas de regularizar a situação contratual.

Na oportunidade, anexou cópia do Venerando Acórdão prolatado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Apelação de Ação de Improbidade Administrativa, que desonerou a responsabilidade civil da

empresa pelos atos de contratações emergenciais sucessivas.

Mesmo em sede judicial, a persecução do Ministério Público não foi capaz de constatar a evidência de dano ao erário, inexistindo até mesmo a constatação de que a empresa tenha sido contratada em condições mais favoráveis de preço, numa demonstração de que apenas exerceu suas atividades comerciais sem poder ser responsabilizada pela desídia alheia.

Considerando que o serviço foi prestado com a prática de preços coerentes e, não havendo notícias de prejuízo ao erário e nem de existência de má fé por parte da prestadora de serviços, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entende ser possível o reconhecimento dos efeitos financeiros da contratação em tela.

A Procuradoria da Fazenda Municipal alega em suas razões recursais que os atos praticados pelos agentes não acarretaram prejuízo ao erário e, assim, requer o provimento do Recurso para declarar a regularidade dos instrumentos ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos financeiros.

A Secretaria Geral manifesta-se preliminarmente pelo conhecimento dos Recursos interpostos por estarem presentes os requisitos regimentais.

No mérito, manifesta-se pelo provimento parcial dos Recursos interpostos pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso para exingui-las do feito, tornando inexistente a multa que lhes foi aplicada e pelo provimento parcial dos Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Himalaia Transportes Ltda para aceitar seus efeitos financeiros, acompanhando as conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

É o relatório.

VOTO

Por estarem presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno deste Tribunal, **CONHEÇO** dos Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso e pela empresa Himalaia Transportes Ltda.

Preliminarmente, **DOU PROVIMENTO** aos apelos oferecidos pelas Senhoras Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso para o fim de afastar a responsabilidade das Recorrentes e, consequentemente, as penalidades a elas impostas, pois a responsabilização do assessor jurídico só deve ocorrer em caso de má fé, dolo, culpa grave e erro grosseiro, segundo dispõem a doutrina e a jurisprudência dominantes, situações não caracterizadas durante a

instrução processual.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 5, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

"*Advogado. Dispensa ou inexigibilidade de licitação. Contratação. Poder Público. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício de seu mister, emitir parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manfistações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB)*."

E com fundamento nas manifestações colacionadas aos autos e, principalmente, na decisão proferida pelo Judiciário no que concerne a não comprovação de prejuízo ao erário, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** aos Recursos interpostos pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e pela empresa Himalaia Transportes Ltda para aceitar os efeitos financeiros decorrentes da contratação, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, mantendo-se, no mais, o Venerando Acórdão atacado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Encaminhe-se cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário à 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social do Ministério Público Estadual, em atendimento ao pedido formulado nos autos.

Após, **ARQUIVE-SE**.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Conheço dos recursos interpostos, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade.

1. Quanto aos recursos voluntários interpostos por **Dulce Eugênia de Oliveira e Roberta Arantes Lanhoso**, destaco, inicialmente, que o v.Acórdão proferido à unanimidade por este Colegiado aplicou a pena de multa aos responsáveis, e, neste aspecto, nenhuma ressalva ou modificação deve surgir.

Ocorre que, ao aplicar o conteúdo do julgado, as áreas técnicas desta Corte manifestaram-se de forma que incluía a indicação das assessoras jurídicas da SMT como responsáveis, passíveis de apenação. Contudo, o agente público identificado pela Auditoria desde o início da instrução como responsável pelo ato foi o ordenador da despesa, Sr. Frederico Bussinger, então Secretário Municipal de Transportes, o qual foi regularmente intimado à época para

apresentação de esclarecimentos, em cumprimento ao princípio do devido processo legal e ampla defesa.[1]

Assim, no mérito, **voto pelo provimento integral desses recursos,** nos termos do pedido formulado para afastar a penalidade aplicada, por entender que houve equívoco de interpretação da Decisão proferida, por parte dos órgãos técnicos desta Corte de Contas, por ocasião da intimação daqueles que seriam os responsáveis, tornando-se nulo o ato praticado, posto que em descompasso com o julgado.

2. Por sua vez, com relação aos Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Himalaia Transportes, considerando a apreciação da matéria pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que afastou a possibilidade da empresa contratada responder por ato de improbidade administrativa no caso concreto, posto que o serviço não poderia ser interrompido e a providência administrativa cabível não era de sua alçada, **voto pelo parcial provimento** dos mesmos, **unicamente para declarar a aceitação dos efeitos financeiros do ajuste,** mantendo-se, todavia, o entendimento pela irregularidade do contrato, pela razões deduzidas no voto original.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 72.003.009.05-50, 72.004.443.06-93 e 72.004.736.05-80, e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Contrato 020/05-SMT.GAB, tendo em vista as seguintes impropriedades:

a) não caracterização de situação emergencial, evidenciada pela tardança no início do procedimento licitatório, à longa indefinição quanto ao modelo a ser adotado e, ao tempo transcorrido do suposto fato gerador da situação emergencial ser superior a um ano, desrespeitando o positivado no inciso IV do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93;

---

[1] Foram juntados aos autos:

- **às fls. 243/262: defesa do Sr. Frederico Bussinger (resposta à Intimação nº 1.566/2006 à fl. 217)**
- **às fls. 222/241: ofício com esclarecimentos da Origem, subscrito pelo Sr. Frederico Bussinger, Secretário Municipal de Transportes (resposta ao Ofício SSG nº 10.762/2006 à fl. 210)**

b) ausência de justificativa do preço contratado, infringindo o inciso III do parágrafo único do artigo 26 combinado com o inciso III do artigo 55 da Lei Federal 8.666/93 e o artigo 12 do Decreto Municipal 44.279/03;

c) acréscimo do valor contratado, em 7,69% (sete vírgula sessenta e nove por cento) após cinco dias da vigência do contrato;

d) existência, na relação da frota da empresa contratada, de 49 (quarenta e nove) veículos com idade superior a 10 (dez) anos, infringindo o item 3.9 do contrato.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros do ajuste.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em razão das irregularidades verificadas, em aplicar, individualmente, aos agentes públicos responsáveis, a multa no valor de R$ 481,02 (quatrocentos e oitenta e um reais e dois centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópias do presente Acórdão à Câmara Municipal de São Paulo, em atendimento às solicitações feitas nos autos, bem como ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para eventual responsabilidade civil dos agentes públicos e eventual necessidade de ressarcimento aos cofres públicos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, após observadas as formalidades legais, em arquivar os autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de agosto de 2011.

ANTONIO CARLOS CARUSO - Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES – Relator.

RELATÓRIO e **VOTO** englobados: v. TC 72.004.736.05-80.