JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.001.852.02-22

Representação – interesse de particular – termo de concessão – ocorrência de ilegalidades – suspensão das atividades do Frigorífico do Mercado Municipal – medida de natureza cautelar – matéria sub judice – afastada a proposta, em preliminar, de sobrestamento do julgamento até o deslinde das ações judiciais que versam sobre a matéria – separações de funções atribuídas constitucionalmente ao Poder Judiciário e aos Tribunais de Contas – vencidos os Cons. Eurípedes Sales e Roberto Braguim – afastada a arguição da Procuradoria da Fazenda de extrapolação de competência deste Tribunal – Recebida e julgada improcedente a representação

Relatório

Em julgamento representação interposta por **TADEU COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, visando à suspensão em caráter liminar do ato expedido pela Secretaria Municipal de Abastecimento, que determinou a interrupção de suas atividades de armazenamento, a frio, de gêneros alimentícios no mercado municipal paulistano, bem como a apuração das irregularidades decorrentes da prática de atos atentatórios contra o Poder Público, desperdício, dispêndio irregular de verbas públicas e má gestão de recursos, tendo a decisão sido motivada pelo Poder concedente diante do alegado descumprimento de cláusulas contratuais previstas no instrumento de concessão.

Para tanto, a representante concessionária afirma que o alegado descumprimento de cláusulas contratuais se verificou diante da decisiva contribuição do Poder Público concedente, responsável direto pelo atraso e descumprimento dos prazos estabelecidos, uma vez que atribuições de responsabilidade deste não foram levadas a efeito, a exemplo da entrega do local desembaraçado para início das obras, a indicação do engenheiro responsável para o acompanhamento das mesmas, e, também, a emissão da competente ordem de serviço para início dos trabalhos, ficando, portanto, impedida de executar os serviços relativos à reforma contratualmente estabelecida no instrumento de concessão.

Ainda sob esse espectro, aduz a representante que fatores externos, como a necessidade da reforma da cabine primária do mercado e o tombamento do prédio, se traduziram em fatores outros que se somaram para o atraso, eis que o decreto de tombamento expedido pelo Poder Executivo Estadual acarretou na impossibilidade de qualquer reforma sem prévia autorização do CONDEPHAAT.

Por fim, alega que a própria interrupção das atividades, na verdade, é que se traduz em ação que representa má gestão e gasto irregular do dinheiro público, já que, segundo

disposição contratual, a Prefeitura teria o direito de armazenar a merenda escolar no frigorífico reformado e deixaria de ter um gasto mensal de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) com a CEAGESP.

É pois diante desse cenário que a presente representação busca afirmar que houve a aplicação de pena e, somente após ter isso ocorrido, se verificou a concessão de prazo para defesa, ao mesmo tempo em que as premissas que fundamentaram a decisão são equivocadas, representando tais circunstâcias verdadeira ofensa ao direito de defesa e à própria legalidade, afirmando inexistir previsão legal para a imposição da pena de suspensão.

Em decorrência disso, requer o recebimento do feito, a anulação do ato administrativo que determinou interrupção das atividades e a apuração de responsabilidade por cometimento de excessos. Requer por último, a formulação de novo cronograma de obras e a extensão do prazo de concessão pelo período em que a representada quedou-se inerte nas obrigações que lhe competiam.

Por sua vez a Origem traz à colação a informação de que a autora da Representação ajuizou ações com o mesmo objeto desta representação, não tendo obtido êxito, em juízo liminar, perante o Poder Judiciário.

A Secretaria de Abastecimento informa ainda que, no âmbito administrativo, a requerente não foi surpreendida com a notificação para suspensão imediata das atividades, datada de 19/12/2001, já que, em 24/09/2001, foi devidamente notificada para interromper sua atuação, tendo tomado ciência das irregularidades apontadas e havendo apresentado defesa prévia, cujos argumentos não foram acolhidos, ao passo que foi indeferido o pedido de retomada das atividades. Além disso, esclarece a Origem tratar-se de Termo de Interdição, instrumento adequado para a finalidade visada, e que o mesmo preencheu todos os requisitos de validade do ato administrativo, inclusive quanto à competência.

Ressalta, por fim, o descumprimento de várias condições contratualmante estabelecidas, principalmente referentes aos prazos fixados para a reforma do prédio e suas instalações, tendo iniciado suas atividades de forma prematura e em desconformidade com o pactuado no Termo de Concessão, fazendo incidir as sanções nele estabelecidas, de acordo e lastreado no relatório de vistoria realizado em 03/10/2001.

A Auditoria desta Corte entendeu, após circunstanciada análise de cada item da representação, que a Secretaria não estava impedida legalmente de rescindir o Termo de Concessão, e consignou que, embora a cessionária tenha cometido várias infrações, a SEMAB não fiscalizou e acompanhou de forma adequada a reforma e implantação do conjunto frigorífico, pois não apenou a cessionária e tampouco interveio na execução do serviço.

O relatório técnico formulado pela AT-Engenharia corroborou o entendimento da Auditoria, reforçando a omissão da concedente na fiscalização, acrescentando que grande parte das dificuldades constatadas na implantação das obras e serviços decorreram de deficiências do projeto básico, que não definiu de forma suficientemente clara a reforma e suas implicações no funcionamento do mercado.

A Assessoria Jurídica, baseada nos elementos constantes dos autos, concluiu que as falhas ocorreram por parte de ambas, opinando por elaboração de termo aditivo e prorrogação do prazo para execução e conclusão do ajuste.

Novas informações foram trazidas aos autos pela representante e pela SEMAB, inclusive acerca das ações judiciais que encontram-se tramitando perante Varas da Fazenda Pública da Capital, acarretando em novas manifestações pelos Órgãos Técnicos, com destaque da manifestação da AT-Jurídica, no sentido de que cabe a este Tribunal aguardar o desfecho das ações em andamento. Não obstante, a Assessora Subchefe submeteu a este relator a decisão quanto à proposta acrescentando que, embora tenha agido com desídia a Administração, claro restou o inadimplemento contratual da cessionária, que caracterizado como culposo justifica por si só a rescisão promovida, que é ato vinculado, tendo sido a mesma regularmente encaminhada, com as justificativas pertinentes e o respeito ao direito de defesa da Cessionária.

SFC endossou as manifestações dos Órgãos Técnicos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se alegando em preliminar que a matéria versada na representação extrapola a competência desta Egrégia Corte de Contas, já que a análise trata de interesse de particular inconformado com a rescisão da concessão, e, ainda, que a representante é litisconsorte ativa na ação popular que tem a mesma causa de pedir da presente representação, aconselhando o sobrestamento do feito no aguardo da prestação jurisidicional que sabidamente afetará o entendimento desta Corte. No mérito opina pela improcedência da representação uma vez que caracterizado o inadimplemento contratual.

SG opina, na esteira das manifestações unânimes dos Órgãos Técnicos, pela legalidade dos atos da Origem, afastando a alegação de inexistência de defesa prévia e ausência de amparo normativo para a aplicação da pena de suspensão, ou de afronta ao interesse público, e consequentemente pela improcedência da representação, deixando a critério deste Relator a sugestão acerca do sobrestamento do feito até que a matéria seja dirimida pelo Judiciário.

É o relatório

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 02 de março de 2005.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

Voto de desempate

Na Sessão Ordinária de nº 2.192 o Nobre Conselheiro Maurício Faria relatou a matéria dos autos, consubstanciada em representação a esta Corte por empresa particular que intenta sustar ato administrativo da SEMAB.

O Senhor Conselheiro Eurípedes Sales propôs, em preliminar, com base no artigo 167, “caput” do Regimento Interno, a suspensão do julgamento do feito, acatando sugestões insertas nos autos, até o julgamento de ações judiciais que versam sobre a mesma matéria.

Após o deslinde jurisdicional, seria avaliado, pelo Tribunal, o mérito do pedido dos autos, argumentou.

Acompanhou-o o Nobre Conselheiro Roberto Braguim.

Contrariamente posicionou-se o Conselheiro Maurício Faria, sendo acompanhando pelo Conselheiro Edson Simões.

Ponderou o I. Conselheiro Maurício Faria o não-cabimento da proposta, tendo em vista que a decisão judicial poderá implicar em julgamento de mérito, com as conseqüências que advirão da coisa julgada, refletindo em atividade própria do Tribunal.

Em face da divergência apontada, avoquei os autos para decisão a respeito da preliminar levantada.

Faço-o acompanhando os Nobres Conselheiros Maurício Farias e Edson Simões.

De fato, julgo não cabível o sobrestamento proposto, tendo em vista a separação de funções atribuídas constitucionalmente ao Poder Judiciário e aos Tribunais de Contas.

Não há, entendo, nenhuma razão de fato ou de direito que fundamente o sobrestamento deste julgamento, à vista, repito, das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas.

Caso contrário, estaríamos, sem nenhum substrato de lei, atrelando e subordinando a competência desta Corte de Contas ao Poder Judiciário.

Portanto, por três votos a dois está afastada a proposta de sobrestamento do julgamento, devendo os autos voltar à Relatoria do Conselheiro Maurício Faria para prolação de seu voto.

São Paulo, 09 de março de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

Voto

Preliminarmente, recebo a representação porque presentes os requisitos de admissibilidade, afastando a alegação da Procuradoria da Fazenda Municipal quanto à extrapolação do objeto.

Conquanto a decisão possa vir a atender a interesse individual do representante, é certo que há alegação da ocorrência de ilegalidades, inclusive no que concerne ao procedimento de extinção do Termo de Concessão, situação essa que legitima a atuação desta Corte de Contas.

Tratando especificamente do sobrestamento, vale dizer que o Tribunal de Contas da União possui diversas deliberações considerando a independência de instâncias, chegando inclusive ao entendimento no sentido de que, nos processos de sua competência específica, as decisões fazem coisa julgada material impassíveis de revisão por outra instância. (TC 649.010/92-2 – Acórdão 006/96; TC 012.879/87-8 – Acórdão 022/98; TC 599.084/85-5 – Acórdão 022/95 e TC 700.187/97-9 – Acórdão 9/2000).

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, da mesma forma, rejeitou o pedido de sobrestamento, considerando que a existência de ação judicial em curso não impede a apreciação da matéria no âmbito do Tribunal (TC 4121/026/92). Cria paralelo, excepcionalmente, diante de determinação de sobrestamento em decorrência de liminar concedida pelo Poder Judiciário (TC 34309/026/96) afirmando, todavia, o prosseguimento da fase instrutória para momento posterior à decisão prolatada no âmbito jurisdicional.

Essa excepcionalidade determinante do sobrestamento deve ocorrer, pois, tão-somente quando se constatar relação de prejudicialidade a justificar a paralisação da tramitação regular dos procedimentos – frise-se – na esfera de discussão junto aos Tribunais de Contas, pois eventual decisão judicial posterior, se contrária, surtirá seus efeitos de direito, afastando o conteúdo decisório conferido no âmbito das Cortes de Contas.

Diante desse cenário, cumpre asseverar que o controle externo desenvolvido pelos Tribunais de Contas se verifica diante de um modelo constitucional que traz em si, no exercício da função que lhe é conferida, espaço de conformação para sua atividade em concomitância com a função jurisdicional, sem qualquer noção excludente ou prejuízo à afirmação da jurisdição una, impondo-se, por conseqüência, a análise do quanto representado nos termos da presente, afastando o pretenso sobrestamento do feito sob pena de representar – tal afirmação – o condicionamento das competências das Cortes de Contas.

No que tange à ofensa ao direito de defesa, afere-se que a suspensão das atividades se traduziu em medida de natureza cautelar, constatando-se, às fls.178/195, que o relatório circunstanciado de todo o ocorrido, desde a lavratura do Termo de Concessão, serviu como supedâneo da decisão do Secretário titular da Pasta sobre a adoção das medidas necessárias ao encaminhamento da rescisão do mesmo, onde foi concedido o prazo de 15 dias para apresentação de defesa prévia. A cessionária foi notificada em 19/12/2001 e apresentou a defesa de fls. 210/215.

Uma vez colocadas essas considerações preliminares, cumpre consignar que o cerne da questão está no descumprimento dos prazos estabelecidos no referido termo e a imposição da pena como medida decorrente.

Não se pode negar que a Administração negligenciou na disponibilização da área desembaraçada para início das obras, assim como no acompanhamento e fiscalização do andamento das mesmas, bem como restou caracterizada a existência de fatos supervenientes, a exemplo do ato de tombamento e a reforma da cabine primária, que teriam contribuído para os atrasos.

Estando adstrita a discussão ao âmbito da representação, que não se estende "in casu" à identificação de apuração de eventual responsabilidade por parte de agentes da Administração, sem prejuízo de que isso ocorra por instrumento adequado conforme determinação constante ao final, cabe verificar em que medida tais circunstâncias respaldam e ou justificam a não observância, por parte da representante, dos prazos previstos no termo de Concessão.

A constatação que exsurge da documentação juntada aos autos comprova que não há qualquer documento hábil visando a solicitação de dilação de prazo pela concessionária ou alternativas que pudessem minimizar a afirmação de descumprimento do avençado. Ao contrário, considerando-se a interrupção do prazo em decorrência do tombamento, enquanto se aguardava a aprovação do projeto, ainda assim, o prazo para a 1º fase expiraria em 10.01.2000,

quando os serviços ainda não estavam concluídos, não restando à Administração outra alternativa senão a definição de rescisão unilateral do Termo de Concessão, com fundamento nos artigos 178, I e 179,I da Lei 8.666/93 e disposição contratual inserta na cláusula II, item 2.2.2., sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas pelos atrasos no cumprimento do cronograma.

Isso já se mostra o suficiente para afirmar que, não obstante as falhas tenham ficado evidenciadas por ambas as partes, nada justifica a realização de aditamento contratual, conforme sugestão da Assessoria Jurídica às fls. 318/322.

Até mesmo porque consta, ainda, que o concessionário teria perfurado um poço não previsto no contrato e não autorizado pela concedente, além de manipular e manusear alimentos não permitidos, que parte das câmaras estavam sendo utilizadas para armazenamento a frio, sem a aprovação do Ministério da Agricultura, que parte da área do pavimento térreo vinha sendo utilizada para manipulação de pescados e não se tem conhecimento de autorização para esse tipo de atividade.

Isto posto, voto pelo recebimento da Representação em face da presença de seus requisitos de admissibilidade, para no mérito julgá-la improcedente.

Determino, ainda, o encaminhamento de cópia do julgado ao Ministério Público do Estado de São Paulo para identificação de eventual responsabilidade, em nome da competência que lhe é afeta.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 09 de março de 2005.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, incluídos em pauta, pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, nos termos do parágrafo 2º do artigo 157 do Regimento Interno desta Corte, após determinação de Sua Excelência, na 2.192ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos para proferir voto de desempate. Na referida sessão o Conselheiro EURÍPEDES SALES propôs, em preliminar, o sobrestamento do feito, aguardando a decisão da ação que tramita na esfera judicial para, ao final, o Egrégio Plenário avaliar o mérito da questão. O Nobre Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor acompanhou a propositura em referência, ressalvando, entretanto, que o Tribunal de Contas tem, no trato da matéria versada nos autos, competência concorrente com o Judiciário, o qual somente poderia desconstituir eventual decisão prolatada por esta Corte se eivada de vício de ilegalidade. Na mesma sessão o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator posicionou-se em sentido contrário ao sobrestamento do julgamento, sendo acompanhado pelo Nobre Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, preliminarmente, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e EDSON SIMÕES, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO

para efeito de desempate, nos termos do parágrafo 2º do artigo 157 do Regimento Interno desta Corte, em afastar a proposta de sobrestamento do julgamento até o deslinde das ações judiciais que versam sobre a mesma matéria, tendo em vista a separação de funções atribuídas constitucionalmente ao Poder Judiciário e aos Tribunais de Contas.

Vencidos os Conselheiros EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM – Revisor.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, preliminarmente, quanto à argüição da Procuradoria da Fazenda Municipal de que o objeto da representação, por tratar de interesse particular, extrapola a competência desta Egrégia Corte de Contas, em afastá-la, pois há legitimidade de atuação deste Tribunal de Contas, à vista da alegação, formulada pela Representante, de ocorrência de ilegalidades, inclusive no que concerne ao procedimento de extinção do Termo de Concessão.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em receber a representação por presentes os requisitos de admissibilidade e, quanto ao mérito, julgá-la improcedente.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do julgado ao Ministério Público do Estado de São Paulo para identificação de eventual responsabilidade, em nome da competência que lhe é afeta, bem como à representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de março de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator