**TC 1.978/2006**

**3º Julgado - 17ª Sessão Ordinária Não Presencial**
**RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa, por situação emergencial ficta, garantia contratual, NE e publicação do TA extemporâneas e, dotação inadequada. Serviços de comunicação móvel. Locação de equipamentos e comodato. SMT. 1. Ausência de pressuposto de admissibilidade. 2. Atuação prévia do Pleno como instância recursal. Art. 147, § 1º e art. 31, parágrafo único, XI, RITCMSP. NÃO CONHECIDO. Votação unânime.**

**2º Julgado - 2.999ª Sessão Ordinária**
**RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de comunicação móvel. Locação de equipamentos e comodato. SMT. Prejudicadas as preliminares de nulidade arguidas e relevadas as impropriedades formais. CONHECIDOS. Votação unânime. PROVIDOS PARCIALMENTE para afastar as responsabilidades nas irregularidades apresentadas e aceitar os efeitos financeiros excepcionalmente, considerando sua execução satisfatória. Votação por maioria.**

**1º Julgado - 2.651ª Sessão Ordinária**
**ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. TERMO ADITIVO. SMT. Serviços de comunicação móvel. Locação de equipamentos e comodato. Inércia da Administração. Situação emergencial ficta. Garantia contratual, NE e publicação do TA extemporâneas. Dotação inadequada. Art. 37, XXI, CF. Arts. 2º, 3º, 24, IV, 26, I, § 1º, 55, VI e 61, parágrafo único, Lei 8.666/93. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. Lei Mun. 13.942/04. Art. 12 e 60, Lei 4.320/64. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime**
**Relatório e Voto englobado TCs**: 835/2006, 3.093/2005, 1.978/2006 e 3.404/2006.

**Legislação citada**: Art. 37, XXI, CF. Arts. 2º, 3º, 24, IV, 26, I, § 1º, 55, VI e 61, parágrafo único, Lei 8.666/93 61. Art. 26, Lei Mun. 13.278/02. Lei Mun. 13.942/04. Art. 12 e 60, Lei 4.320/64.

**3º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos e relatados estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, com esteio nos pareceres da Secretaria Geral e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, em deixar de conhecer o presente recurso, por falta de atendimento ao pressuposto de admissibilidade contido no artigo 147, § 1º do Regimento Interno desta Corte, tendo presente que, em relação ao primeiro julgamento, o Pleno já atuou como instância recursal, conforme disposição contida no artigo 31, parágrafo único, inciso XI, do RITCMSP.

**ACORDAM**, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao interessado, bem como à Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em atenção ao Ofício 6458/19 – MPSP.

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar, após os trâmites regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e EDSON SIMÕES.

São Paulo, 19 de agosto de 2020.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Ordinário interposto pelo Sr. Frederico Bussinger visando a reforma do V. Acórdão proferido na 2.999ª Sessão Ordinária (peça 54).

Na referida decisão, os Nobres Conselheiros acordaram, por maioria, dar provimento parcial aos recursos aos recursos interpostos pela Vivo Telesp Celular S.A., Siemens Ltda. e Sisgraph Ltda., para afastar suas responsabilidades nas irregularidades levantadas pela Auditoria, ficando, deste modo, prejudicadas as preliminares de nulidade arguidas e relevadas as impropriedades formais; bem como ao apelo da Procuradoria da Fazenda Municipal, para, em caráter excepcional, aceitar os efeitos financeiros e jurídicos produzidos pelo Contrato 006/05.SMT.GAB, mantendo as demais determinações contidas na decisão original (peça 24).

Em síntese, com fulcro no art. 144 do RITCMSP, o Recorrente pleiteia a reforma do julgado visando a ratificação do reconhecimento dos efeitos financeiros e jurídicos do contrato e a anulação das penalidades aplicadas.

A Secretaria Geral registrou que o documento apresentado como “Recurso Ordinário”, protocolado em 22/07/2019, decorreu de solicitação de cópias e concessão de prazo formalizada em 26/04/2019, pelo Recorrente. Tal requerimento foi deferido pelo então Relator da matéria (peça 50).

Sem prejuízo de entender que o aludido Recurso se revelava manifestamente inadmissível, manifestou-se a Secretaria Geral no sentido de que restava perquirir a competência para o exercício do juízo de admissibilidade: se ao juízo “ad quem” – e não mais também ao juízo “a quo”, em conformidade com o disposto no artigo 1.010, § 3º do CPC (peça 57).

Nesses termos a questão foi submetida ao então Relator da matéria Conselheiro Roberto Braguim que deliberou, por prudência, que os autos fossem redistribuídos para o exercício do juízo de admissibilidade (peça 58).

Com a redistruibuição do processo para este Gabinete (peças 59/61), o feito foi encaminhado para manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que também exarou parecer no sentido de que o recurso interposto esbarrava no pressuposto do cabimento, por não atendimento ao art. 147, §1º do Regimento. Anotou que, no primeiro julgamento, o Pleno atuou como instância originária (peça 7), por força da disposição contida no art. 31, parágrafo único, inciso XI, do RITCMSP. Portanto, em face do segundo acórdão, caberia, tão somente, recurso ordinário por divergência (§4º do art. 147), hipótese não ventilada no recurso, ou, ainda, embargos de declaração, à luz dos arts. 144 a 146 (peças 73/74).

Instada a se manifestar, nos termos regimentais, a Procuradoria da Fazenda Municipal acompanhou os órgãos técnicos pelo não conhecimento do recurso (peça 76).

Considerando que a Secretaria Geral já havia manifestado seu posicionamento nos autos, dando atendimento ao conteúdo do art. 35, inc. II, "a", do RITCMSP, foram os autos encaminhados diretamente ao Revisor.

É o Relatório.

**VOTO**

Com esteio nos pareceres da Secretaria Geral e da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que adoto como razões de decidir, **DEIXO DE CONHECER O PRESENTE RECURSO** por falta de pressuposto de admissibilidade contido no art. 147, §1º do Regimento Interno desta Corte1, tendo presente que, em relação ao primeiro julgamento, o Pleno já atuou como instância recursal, conforme disposição contida no art. 31, parágrafo único, inciso XI, do RITCMSP2.

**INTIME-SE** o interessado, bem como encaminhe-se cópia do julgado à Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, em atenção ao ofício 6458/19 – MPSP (peça 70).

Após os trâmites regimentais, ao arquivo.

**2º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados englobadamente os processos TCs 3.269/2005 e 1.978/2006 e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro EDSON SIMÕES, após vista que lhe fora concedida na 2.992ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

**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, Vivo Telesp Celular S.A., Sisgraph Ltda., Secretaria Municipal de Transportes e Siemens Ltda., uma vez que foram preenchidos os requisitos de admissibilidade.

**ACORDAM**, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, consoante relatório e

voto, e MAURÍCIO FARIA, que, com declaração de voto apresentada, houve por bem modificar seu voto para acompanhar o voto proferido pelo Relator, nos termos do parágrafo único do artigo 174 do Regimento Interno desta Corte, votando o Conselheiro Presidente JOÃO ANTONIO para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno desta Corte, em dar provimento parcial:

a) aos recursos interpostos pela Vivo Telesp Celular S.A., Siemens Ltda. e Sisgraph Ltda., para afastar suas responsabilidades nas irregularidades levantadas pela Auditoria, ficando, deste modo, prejudicadas as preliminares de nulidade arguidas e relevadas as impropriedades formais;

b) ao apelo da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Municipal de Transportes para, em caráter excepcional, aceitar os efeitos financeiros e jurídicos produzidos pelo Contrato 03/2006.SMT.GAB, considerando sua execução satisfatória e lavratura do Termo de Recebimento Definitivo;

c) ressalvou o disposto nas letras "a" e "b", mantendo as demais determinações do V. Acórdão torpedeado.

Vencidos, no mérito, os Conselheiros DOMINGOS DISSEI, que, nos termos de sua declaração de voto apresentada, e EDSON SIMÕES – Revisor, que modificou seu voto, com fundamento no artigo 174, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para filiar à corrente do Conselheiro DOMINGOS DISSEI, os quais negaram provimento aos apelos, mantendo-se, inalterado o venerando Acórdão combatido.

**ACORDAM,** ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão ao Digno 2º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social, em atenção à requisição constante dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, DOMINGOS DISSEI e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de agosto de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

**RELATÓRIO ENGLOBADO**

Os TCs, que constituem os Itens I e II da minha pauta, versam, nesta fase processual, sobre Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal - PFM, Vivo Telesp Celular S/A, Siemens Ltda. e Sisgraph Ltda., em face do Acórdão prolatado englobadamente na Sessão Ordinária de 12/12/2012, concernentemente aos seguintes objetos: Análises dos Contratos n.º 006/05 - SMT.GAB, no **TC nº 3.269/2005 (Item I)** e nº 03/06 – SMT.GAB e 1º Termo Aditivo ao Contrato, no **TC nº 1.978/2006 (Item II),** ambos celebrados entre a Secretaria Municipal de Transportes – SMT e as empresas ora Recorrentes, objetivando a prestação de serviços de comunicação móvel, com cobertura de sinal, possibilitando comunicação na área do Município de São Paulo, através da locação de equipamentos e o comodato de terminais móveis, correspondentes aos períodos de 13/07/2005 a 08/01/2006 e 09/01 a 07/07/06, respectivamente.

A irresignação em face da declaração de irregularidade dos mencionados Contratos, à unanimidade, conforme relatório e voto do Conselheiro Relator Edson Simões, sem a aceitação dos efeitos financeiros produzidos e com aplicação de multa no valor de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos) ao Ordenador da Despesa, levou a Procuradoria da Fazenda Municipal e as três Contratadas a apresentarem Recursos, cujo teor passo a declinar a seguir, antes, porém, enumerando os motivos que fundamentaram o não acolhimento dos Ajustes:

A) **TC nº 3.269/2005 (Item I) -** Contrato n.º 006/05 - SMT.GAB: 1) situação emergencial ficta; 2) pluralidade de pessoas jurídica contratadas, sem a formação de Consórcio; 3) atraso na apresentação de garantia contratual pelas Contratadas; 4) insuficiência de empenhamento; 5) inadequação da dotação onerada; 6) ausência de cláusulas essenciais; 7) falta de formalização do Contrato de Comodato; 8) inexistência de Projeto Básico.

B) **TC nº 1.978/2006 (Item II) -** Contrato nº 03/06 – SMT.GAB: mesmas infringências descritas nos itens 1, 3 e 5, além da emissão extemporânea de empenho, inadequação da dotação onerada e intempestividade da publicação no DOC, no tocante ao Termo Aditivo nº 01/2006.

A Instituição Fazendária manifestou-se argumentando, no primeiro TC (**Item I**) que, a despeito da eventual constatação de impropriedade formal dos atos, em atendimento aos princípios da segurança jurídica, da boa-fé, do decurso de tempo e, levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, deve-se adotar a solução que melhor atenda ao interesse público envolvido, impondo-lhe o menor sacrifício possível, a par de que não foram

apontadas irregularidades materiais que tenham gerado dano ou lesão ao Erário Público.

No segundo TC (**Item II)** aduziu, reportando-se aos pontos relevantes das razões de defesa colacionados pela Secretaria Municipal de Transportes, que a obrigatoriedade de formação de Consórcio para participação em processo licitatório é imposição de natureza discricionária da Administração e que, além disso, inexiste norma legal proibitiva da contratação de diversas empresas em um único Contrato. Também, que a exiguidade de prazo para elaboração de Edital envolvendo serviços complexos com a implantação de nova solução tecnológica, logo após o início da nova gestão, desencadeou a necessidade da contratação emergencial.

Por fim, salientando em ambos os processos a inexistência de impropriedades materiais que tenham ocasionado lesão ou danos ao Erário, à execução e ao pagamento dos serviços ajustados, requereu a reforma dos v. Julgados, ou, alternativamente, o reconhecimento dos respectivos efeitos financeiros e patrimoniais.

A Vivo S/A arguiu, nos TCs analisados, preliminar de nulidade dos Acórdãos, visto que não foi intimada para exercer o contraditório e sua defesa, e que a decretação da irregularidade contratual repercute diretamente em seus interesses, e, na sede meritória, defendeu a regularidade de sua contratação e a de seus pagamentos.

A Siemens Ltda., à sua vez, alega, também em preliminar, a inconstitucionalidade dos Acórdãos impugnados, por afrontar os princípios do contraditório e da ampla defesa, e, no mérito, postula sua reforma no sentido de declarar a legalidade dos Ajustes e o reconhecimento de seus efeitos financeiros.

A Sisgrafh Ltda. requereu sua inclusão como terceira interessada, para resguardo de seus interesses, afirmando que cumpriu integralmente suas obrigações contratuais e os benefícios econômicos e tecnológicos recebidos pela Administração Pública, na substituição do sistema anterior, destacando a ausência de prejuízos e os efeitos financeiros produzidos com a execução dos Ajustes.

O conteúdo das alegações de mérito das Contratadas Apelantes é similar nos 2 (dois) processos examinados, cuja análise conjunta pode ser resumida no seguinte:

a) a Contratação Emergencial restou justificada em razão da premência surgida pelo término da relação contratual pretérita, cumulada à impossibilidade de redução dos valores na prorrogação do instrumento. Houve benefício econômico para a Administração na contratação, uma vez que os preços praticados revelaram-se mais vantajosos, além de significarem avanço na

tecnologia de comunicação entre os agentes de trânsito, afastando a possibilidade de prejuízo ao Erário;

b) não há restrição legal para a pluralidade de pessoas jurídicas contratadas, pois os objetos tratados por cada empresa são independentes e a responsabilidade individualizada, de modo que não caberia a formação de Consórcio, cuja funcionalidade é da vinculação e o de estabelecer solidariedade no cumprimento das obrigações contratuais e, ademais, autorizar ou não a formação de Consórcio é prerrogativa discricionária da Administração;

c) não se pode imputar às Recorrentes quaisquer ônus por eventual juízo de irregularidade dos Contratos, pela insuficiência e emissão extemporânea de empenho, inadequação da dotação utilizada e intempestividade da publicação dos Ajustes, sob pena de permitir-se o enriquecimento sem causa do Estado, por constituírem problemas da atuação administrativa e, na medida que as Contratadas prestaram serviços ínsitos à sua atividade-fim, os atos e contratos necessários foram formalizados para a execução dos Ajustes e os serviços contratados foram todos executados;

d) a apresentação da garantia contratual é obrigação acessória e o seu atraso não causou prejuízo efetivo à Secretaria;

e) a eventual omissão de cláusulas essenciais não tem o condão de invalidar Contratos;

f) o Projeto Básico é dispensável em situações emergenciais.

g) inexiste forma prescrita em lei para a eficácia dos contratos de comodato e, *in casu*, ele se perfez correto, nos termos do artigo 579 do Código Civil, com o empréstimo gratuito da coisa não fungível, quer com formalidade simplificada, quer com informalidade.

A então Secretaria Municipal de Transporte e o seu titular, Sr. Frederico Bussinger, deixaram transcorrer “in albis” o prazo recursal, a despeito de regularmente intimados.

No exame dos Apelos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, pela sua Coordenadoria, ratificou suas conclusões pretéritas, aduzindo, no âmbito de sua competência, que os Recursos opostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelas empresas Contratadas não trouxeram elementos novos para alterar suas conclusões.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo acolhimento das preliminares de nulidade dos Acórdãos torpedeados, reportando-se a precedentes doutrinários e jurisprudenciais que sustentam o respeito aos

princípios do contraditório e da ampla defesa, e, no mérito, pelo não provimento dos Recursos, caso não aceitas as preliminares arguidas.

A Secretaria Geral, em parecer da autoria do então Secretário, manifestou-se pela inexistência de obstáculos ao conhecimento dos Apelos, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade, repelindo, porém, a preliminar de nulidade invocada pelas Contratadas pela violação ao exercício do contraditório e da ampla defesa, tutelando o entendimento de que o referido direito nasceria somente após a responsabilização, enquanto no mérito, opinou pelo não provimento dos Recursos, mantendo intactas as Decisões recorridas.

É o relatório.

**VOTO ENGLOBADO**

Registro, inicialmente, que todos os Recursos preenchem os requisitos de admissibilidade, autorizando o conhecimento de seus conteúdos.

As Recorrentes Vivo Telesp Celular S/A, Siemens Ltda. e Sisgrafh Ltda. arguem preliminar de nulidade dos vv.Acórdãos impugnados, uma vez que não foram intimadas para exercerem o contraditório e sua defesa durante a fase de conhecimento e instrução dos procedimentos, implicando essa omissão violação ao artigo 5º, inciso LV, da Carta Política de 1988[1], e aos dispositivos legais e regulamentares que disciplinam a aplicação desses postulados mandamentais.

Nesse âmbito, tenho sustentado que terceiros, não jurisdicionados deste Tribunal, não deveriam integrar o procedimento fiscalizatório enquanto não caracterizada sua culpa e responsabilização nos atos e conduta irregular dos agentes públicos responsáveis pelas contas públicas, sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial dos Entes Públicos, ainda que indiretamente atingidos pelos julgamentos realizados.

Essa vinha sendo a diretriz seguida pelo eminente Secretário Geral, conforme se vê dos pareceres exarados nos TCs nºs 3.269/2005 (fls. 1429/1430) e 1.978/2006 (fls. 915/916) e nas defesas ali mencionadas nas demandas aforadas contra este Tribunal.

Confesso, porém, que essa tese não foi recepcionada pelo Plenário desta Corte que, tem sustentado a indispensabilidade de terceiros, sobretudo, particulares contratados pela Administração Pública, serem intimados para exercerem o contraditório e a ampla defesa, consoante precedentes lembrados

[1] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

pela Assessoria Jurídica de Controle Externo nas manifestações lançadas nos 2 (dois) expedientes.

Os autos em exame dão notícia, ainda, de Decisões Judiciais proclamando a nulidade do julgamentos de Tribunais de Contas nos processos em que não foram respeitados aqueles princípios na fase de instrução procedimental.

Assim, no rigor desses precedentes, mereceriam acolhidas as preliminares suscitadas pelas Empresas contratadas, a justificar a nulidade parcial dos feitos ora analisados.

Mas, como responsabilizar, ainda que indiretamente, as Contratadas sem a formação de sua culpa, visto que os Ajustes foram pactuados atendendo à convocação da Secretaria competente e, notadamente, diante das informações da prestação satisfatória dos serviços e lavratura do Termo de Recebimento Definitivo, em que se outorgou plena, rasa e cabal quitação às Contratantes.

Razão assiste a elas, nas sua alegações de mérito, porquanto verifiquei, no exame mais aprofundado destes autos, que não ficou caracterizada ou adequadamente demonstrada sua participação nas irregularidades levantadas pela Auditoria e respaldadas pelas unidades técnico-jurídicas, como também não vislumbrei indícios ou vestígios de que elas tenham fraudado sua contratação ou agido ilegalmente na execução dos Ajustes.

Essa me parece a solução, “data vênia”, que melhor atende ao interesse público, já que a nulidade do procedimento geraria dano maior ao desempenho deste Tribunal, com a retomada parcial da instrução pela intimação das empresas contratadas, observância dos prazos e novas análises das unidades técnicas e jurídicas, além de novo julgamento, alongando demasiadamente o iter procedimental.

Finalizando, entendo passíveis de relevação as impropriedades de cunho meramente formal, ante a ausência de má-fé e de prejuízos ao Erário.

Diante de tais fundamentos e do que mais consta dos autos e dos Recursos analisados:

a) dou provimento parcial aos Recursos opostos pela Vivo Telesp Celular S/A, Siemens Ltda. e Seisgrafh Ltda., para afastar sua responsabilidade nas irregularidades levantadas pela Auditoria, ficando, deste modo, prejudicadas as demais preliminares e relevadas as impropriedades formais;

b) dou Provimento Parcial aos Apelos da Procuradoria da Fazenda Municipal, para, em caráter excepcional, aceitar os efeitos financeiros e

jurídicos produzidos pelos Ajustes Celebrados, considerando sua execução satisfatória e lavratura do Termo de Recebimento Definitivo;

c) ressalvado o disposto nas letras “a” e “b”, mantenho as demais determinações dos vv.Acórdãos torpedeados.

Envie-se cópia deste voto e do Acórdão ao Digno 2º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social, em atenção à requisição constante dos autos.

É como voto.

**DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO apresentada pelo Conselheiro Domingos Disse**i

**1 –** CONHEÇO dos Recursos interpostos, por preencherem os requisitos de admissibilidade.

**2 –** No mérito, NEGO-LHES PROVIMENTO, uma vez que os Recorrentes não trouxeram elementos capazes de alterar o resultado do julgamento "a quo", mantendo-se, inalterado o venerando Acórdão combatido.

**3 –** É o meu voto.

**DECLARAÇÃO DE VOTO ENGLOBADO apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria**

Acompanho a manifestação da AJCE no sentido de acolhimento da preliminar de nulidade do Acórdão suscitadas pelas contratadas Vivo Telesp Celular S.A., Siemens Ltda. e Sisgraph Ltda., vez que as empresas não foram intimadas durante a instrução processual para prestar esclarecimentos em relação aos Termos dos Contratos 006/05 e 003/06, em ambos os processos ora examinados.

O exercício do contraditório e da ampla defesa – garantia constitucionalmente assegurada às partes em todas as etapas do processo - tem referência expressa no artigo 121 do Regimento Interno desta Corte, de forma que a oportunidade de apresentação de alegações de defesa ou justificativas de prática do ato deve ser concedida aos responsáveis tão logo apontada pelos Órgãos Técnicos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal ou pela Secretaria Geral deste Tribunal, qualquer irregularidade ou ilegalidade (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

É necessário registrar que em casos similares ao analisado, em que não tenha sido oportunizada a manifestação durante a instrução

processual, houve judicialização da questão, tendo sido invalidada a decisão desta Corte, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo consubstanciada na Apelação Cível 585.295-5/0-00, Relator Desembargador Prado Pereira, Décima Segunda Câmara - Seção de Direito Público, DJ 04.03.2009.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal também caminha de acordo com a tese trilhada, a saber:

> CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS OF LAW" – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o 'due process of law', nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. (...)

– O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.

– *Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração.*

*Doutrina. Jurisprudência. RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJE 30.04.2014. (Grifos nossos).*

Importante registrar ainda o precedente deste E. Tribunal, que em 05.04.2017, no julgamento de matéria idêntica tratada nos TCs 391/2008 e 886/2008, de minha relatoria, decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao reexame necessário e voluntário da PFM, para anular o julgado devido a ausência de intimação da contratada.

No caso em tela, são examinados os contratos celebrados com as referidas empresas, de modo que inafastável reconhecer que a esfera jurídica das Contratadas foi atingida, devendo ser franqueada a oportunidade de oferecimento de defesa antes da decisão proferida após a instrução do feito.

Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário apresentado Procuradoria da Fazenda Municipal e dos recursos da Vivo Telesp Celular S/A, Sisgraph Ltda. e Siemens Ltda., para DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO**,** para o fim de promover-se a ANULAÇÃO DO JULGADO, retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do *iter* processual correspondente à intimação das Contratadas.

Por estas razões, DEIXO DE APRECIAR O MÉRITO DOS RECURSOS interpostos, posto que prejudicado.

**1º Julgado**

**A C Ó R D Ã O**

Vistos, relatados 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 irregulares o Contrato 03/06-SMT-GAB e o Termo Aditivo 1º/2006, tendo em vista que:

1) a contratação direta violou o artigo 37 e respectivo inciso XXI da Constituição Federal, os artigos 2º e 3º, o inciso IV do artigo 24 e inciso I do § 1º do artigo 26, todos da Lei Federal 8.666/93, pois, pela inércia da Administração, criou-se uma situação emergencial ficta, agravada com a opção por novo modelo operacional ainda não testado, privilegiando-se algumas empresas, sem critério de escolha justificado, quando obrigatória a licitação, em afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, eficiência, isonomia e probidade administrativa;

2) o retardo na apresentação da garantia contratual pela contratada infringiu o artigo 55, inciso VI, da norma federal supracitada;

3) a inadequação da dotação lançada na nota de empenho ofendeu a classificação funcional programática, prevista na Lei Municipal 13.942/04 e no artigo 12 da Lei Federal 4.320/64;

4) O Contrato 03/06.SMT.GAB também desrespeitou ao disposto no artigo 5º do Decreto Municipal 23.639/87, pela emissão extemporânea do empenho, e o respectivo Termo Aditivo, afora conter dotação onerada inadequada, foi publicado com extrapolação do prazo previsto no parágrafo único do artigo 61 da Lei Federal 8.666/93, combinado com o artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02.

**ACORDAM**, outrossim, à unanimidade, em não aceitar os efeitos financeiros produzidos pelos referidos instrumentos.

**ACORDAM**, ademais, à unanimidade, em razão das infringências retro pormenorizadas, em aplicar ao ordenador da despesa e signatário do ajuste, identificado às folhas 223/246 dos autos, a multa de R$ 512,28 (quinhentos e doze reais e vinte e oito centavos), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei Municipal 9.167/80.

**ACORDAM**, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do inteiro teor do relatório e voto e deste Acórdão:

1. ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para instruir procedimento em andamento na 2ª Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, sob nº PJPP-CAP 496/2005 e o correspondente Inquérito Civil 193/2006, em atendimento aos quatro ofícios recebidos por este Tribunal, sendo o último o de nº 7484/2012, datado de 13/11/2012, subscrito pelo Promotor de Justiça, Dr. Valter Foleto Santin;

2. à Secretaria Municipal de Transportes – SMT, com determinação para que, no prazo de 60 (sessenta) dias, contado do recebimento do ofício:

2.1. verifique as responsabilidades de todos os agentes que deram ensejo às infringências apontadas e apure os eventuais prejuízos causados ao erário em decorrência das contratações irregulares em pauta;

2.2. apuradas as responsabilidades e os prejuízos, adote procedimentos, na esfera administrativa e, se necessário for, na via judicial, visando à cobrança do montante aquilatado;

2.3. informe este Tribunal de Contas sobre as providências adotadas e os respectivos resultados;

3. à Câmara Municipal de São Paulo;

4. ao Senador Antônio Carlos Rodrigues, à época Vereador solicitante;

5. aos veículos de imprensa "Folha de São Paulo", "Agora São Paulo" e "O Estado de São Paulo", responsável pela edição do extinto "Jornal da Tarde".

**ACORDAM**, afinal, à unanimidade, em determinar à Coordenadoria Processual desta Corte que traslade cópia da íntegra deste Acórdão para encarte nos autos do processo TC 225/2009.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de dezembro de 2012.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência.

EDSON SIMÕES
Relator

**RELATÓRIO E VOTO ENGLOBADOS**: v. TC 3.404/2006.