JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.002.361.02-26

AUDITORIA EXTRAPLANO. CET. Aquisição de materiais e serviços, nos casos de dispensa de licitação. Não avaliada a despesa realizada. Desídia administrativa. CONHECIDA. Votação unânime. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Transitado em julgado em: 18.11.2004.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, incluídos na presente sessão, nos termos do parágrafo 2º do artigo 157 do Regimento Interno desta Corte, pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência para que os mesmos lhe fossem conclusos, na 2.163ª S.O., para o fim de sanear a apuração dos votos proferidos. Naquela mesma sessão votou o Conselheiro Maurício Faria, na 2.148ª S.O., votaram os Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor e, na 2.161ª S.O., votou 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 conhecer da auditoria realizada.

ACORDAM, também, por maioria, pelo voto do Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, bem assim pelos votos apresentado em separado pelos Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria, considerando tratar-se de processo de auditoria - procedimento de fiscalização do Tribunal de Contas -, em não adentrar na avaliação da despesa realizada. Vencido, neste particular, o Conselheiro Edson Simões – Relator que, nos termos do relatório e voto apresentados, considerando as infringências ao disposto no inciso II, artigo 24, bem como no parágrafo 2º do artigo 23 da Lei Federal 8.666/93, julgou irregular a despesa decorrente do serviço de afixação de cartazes.

ACORDAM, outrossim, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria, apresentados em separado, em aplicar, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais) ao responsável identificado pela desídia administrativa em relação aos atos praticados, à vista da negligência e inobservância de deveres que lhe cabiam.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, à vista do contido no parágrafo único do artigo 11 da Resolução 06/00, com a redação dada pela Resolução 02/02 desta Corte, em determinar à Origem que: a) proceda ao reforço do entendimento quanto aos procedimentos de cotação de preços que devem ser adotados para as compras descentralizadas; b) sempre que possível, agrupe as solicitações de compras de materiais de mesma natureza, para adotar modalidade de licitação que esteja em consonância com a legislação aplicável e vigente, de forma a evitar possíveis questionamentos quanto ao fracionamento de suas aquisições.

Nos termos do saneamento da apuração dos votos procedido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, o Conselheiro Edson Simões – Relator apreciará, "a posteriori", nos termos do disposto no parágrafo único do artigo 11 da Resolução 06/00, com a redação dada pela Resolução 02/02, a sugestão constante do voto apresentado em separado pelo Conselheiro Maurício Faria, no sentido de que as conclusões alcançadas pelos Órgãos Técnicos, neste processo, passem a acompanhar o processo que cuida da análise das contas, daquele exercício, da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, para subsidiar seu julgamento.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de outubro de 2004.

Antonio Carlos Caruso – Presidente.

Edson Simões – Relator.

RELATÓRIO

Cuida o presente de Auditoria Extraplano, tendo como objetivo avaliar os procedimentos aplicados para aquisições de materiais e serviços, nos casos de dispensa de licitação, com fulcro no inciso II artigo 24 da Lei Federal número 8.666/93 e alterações, promovidas pela CET - Companhia de Engenharia de Tráfego, no período compreendido entre dezembro de 2001 e abril de 2002.

A Secretaria de Fiscalização e Controle, ao efetuar os seus exames, apontou que:

1) não constavam nas aquisições descentralizadas, por dispensa de licitação e pronto pagamento, as evidências das justificativas e cotações

dos preços, parecer da Assessoria Jurídica da Companhia e outros elementos para complemento das análises;

2) no prazo de 5 (cinco) meses, os diversos pedidos de compras foram emitidos para aquisição de materiais de mesma natureza, com opções de diversos fornecedores, com alguns deles se repetindo, de forma a ensejar questionamento quanto ao fracionamento das aquisições, tendo em vista os valores envolvidos, ou seja, para compras de valor inferior a R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), por dispensa de licitação;

3) foram emitidos, em 14 de dezembro de 2001, 15 (quinze) pedidos de compra, no montante de R$ 156.286,40 (cento e cinqüenta e seis mil duzentos e oitenta e seis reais e quarenta centavos), referentes a 200 (duzentos) cartazes, com preço unitário médio de R$ 781,43 (setecentos e oitenta e um reais e quarenta e três centavos), no entanto o início da veiculação dos cartazes ocorreu em 08 de dezembro de 2001 (folhas 13/22).

Oficiada, a Origem encaminhou seus esclarecimentos, submetidos à apreciação da Secretaria de Fiscalização e Controle, a qual entendeu que, com relação à despesa de R$ 156.286,40 (cento e cinqüenta e seis mil duzentos e oitenta e seis reais e quarenta centavos), seria necessária a oitiva da Assessoria Técnica Jurídica, a fim de elucidar a sua regularidade quanto aos procedimentos adotados (folhas 67 e 67 verso).

A Assessoria Técnica Jurídica, em seu pronunciamento, entendeu improcedente a alegação da Origem de não ter realizado a licitação, uma vez que os serviços não seriam prestados no mesmo local. Concluiu também que, da mesma forma que esta última, restou inócua a pretensão em justificar seu procedimento com base no parágrafo 1º do artigo 23 da Lei Federal número 8.666/93, que permite o parcelamento do objeto, tendo em vista o disposto no parágrafo 2º, que exige, nesses casos, que cada licitação seja realizada na modalidade correspondente ao objeto da licitação. Assim, cada contratação deveria ter sido precedida de ‘tomada de preços’, principalmente diante do fato de que os serviços foram executados à mesma época, consoante condição expressa no Aviso e conforme constatado pela Secretaria de Fiscalização e Controle desta Casa (folhas 69/71).

Em manifestação conclusiva, a Secretaria de Fiscalização e Controle ratificou seu posicionamento anterior, concluindo pela irregularidade dos procedimentos adotados pela Companhia de Engenharia de Tráfego para contratação de serviços de afixação de cartazes tipo "outdoor", tendo em vista a manifestação da Assessoria Técnica Jurídica e o procedimento de liberar recursos orçamentários e emitir o Pedido de Compra após o início da veiculação dos cartazes (folhas 73/75 verso).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo conhecimento, para registro, da auditoria realizada e dos esclarecimentos da Origem, sem embargo da expedição das recomendações consideradas pertinentes (folha 77).

A Secretaria-Diretoria Geral manifestou-se pelo conhecimento da presente auditoria, deixando a critério superior as providências pertinentes, em face de irregularidade detectada (folhas 79/80).

É o relatório.

VOTO

À vista das conclusões alcançadas nos autos, CONHEÇO A AUDITORIA REALIZADA. Considerando as infringências aos dispositivos legais apontados, JULGO IRREGULAR a despesa decorrente dos serviços de afixação de cartazes, no montante de R$ 156.286,40 (cento e cinqüenta e seis mil duzentos e oitenta e seis reais e quarenta centavos), determinando à Origem que:

a) proceda ao reforço do entendimento quanto aos procedimentos de cotação de preços que devem ser adotados para as compras descentralizadas;

b) sempre que possível, agrupe as Solicitações de Compras de materiais de mesma natureza, para adotar modalidade de licitação que esteja em consonância com a legislação aplicável e vigente, de forma a evitar possíveis questionamentos quanto ao fracionamento de suas aquisições.

Ainda, APLICO a multa de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais) ao responsável identificado, pela desídia administrativa em relação aos atos praticados, à vista da negligência e inobservância de deveres que lhe cabiam, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim

Adotando o relatório já aprovado por este Egrégio Plenário, divirjo, entretanto, em parte, das conclusões até aqui alcançadas pelos Nobres Conselheiros Relator e Revisor.

Tenho observado, como aliás ocorre neste caso, que os processos de auditoria, com uma freqüência maior do que seria de esperar, têm ensejado saudáveis divergências, tanto quanto à amplitude de sua finalidade (julgamento e/ou aplicação de penalidade), como quanto a seu rito procedimental (abertura de vista à Origem e/ou submissão ao Egrégio Plenário).

Digo saudáveis divergências porque é exatamente do confronto e do tensionamento de interpretações contrárias que as idéias se alimentam para crescer e se aprimorar.

Constituindo o presente processo espécie particularmente representativa do que acabo de mencionar, peço “venia” aos meus Doutos Pares para, talvez estendendo-me um pouco mais, trazer à reflexão alguns pontos, cujo exame, a meu ver, contribuiria para a superação das aludidas divergências, ou, quiçá, para reexame das disposições regimentais que disciplinam o tema.

A questão que se coloca neste momento processual na verdade desdobra-se em outras duas.

Por primeiro, a divergência quanto ao processo de auditoria constituir-se instrumento válido para dar suporte à imputação de pena. E não há negar-se a persistência dessa divergência, posto que explicitada, neste exato momento, no confronto entre os respeitáveis votos de Sua Excelência, o Senhor Conselheiro Relator, e de Sua Excelência, o Senhor Conselheiro Revisor.

O segundo aspecto que emerge no exame do processado diz respeito a que providência tomar-se diante de possível conduta funcional infringente da Lei 9.167/80 e, portanto, suscetível de incorrer nas penalidades previstas em seu artigo 52.

O que torna este segundo aspecto particularmente credor de atenção especial é que, diante de qualquer indício de falta de zelo para com o patrimônio público, a superior destinação institucional desta Corte não se compatibiliza com a menor condescendência.

E sabe-se, à saciedade, que a providência punitiva, inibidora da conduta infringente, será tanto mais eficaz quanto mais próxima da sua ocorrência.

Quanto à primeira questão, aquela relativa à propriedade do processo de auditoria para servir de suporte à aplicação das referidas penas, parece oportuno ponderar que a generalização adotada no artigo 52, bem assim o comedimento das mesmas (advertência ou multa), que no contexto do Direito Administrativo Disciplinar são tidas como penas menores, permitiriam para sua aplicação uma averiguação sumária, conquanto necessária. Vale dizer: sob o enfoque acima, a averiguação e o apenamento poderiam efetivar-se plenamente como providências incidentais ao processo de auditoria propriamente dito, independentemente de autuação de processo autônomo. Inexistente, aliás, na sistemática regimental desta Casa, e que por isso mesmo teria que seguir o rito ordinário.

Não se pode olvidar, no entanto, que a pena, por mais branda que seja, e, nessa proporcionalidade, por mais singelo que seja o respectivo processo, imprescinde de pelo menos três requisitos ordinariamente reconhecidos

como essenciais: a certeza da infringência da norma, a precisa identificação da responsabilidade e a garantia constitucional da ampla defesa.

Entretanto, quando inequivocamente implementados esses requisitos, ocorra isso em que processo ocorrer, penso que este Egrégio Tribunal não pode deixar de, desde logo, aplicar a pena cabível.

Quero, contudo, deixar, por fim, meridianamente claro que o entendimento ora sustentado não é o de que se deva alterar o procedimento fiscalizatório, dando outra natureza ao processo de auditoria. O que quero deixar patente, quanto à minha posição é que, quando em um processo de auditoria, circunstancialmente comparecem de modo inelutável os requisitos acima elencados, a aplicação da multa se torna não apenas viável, mas na maioria dos casos até indeclinável, para que amanhã não se diga que a irregularidade transitou impune sob o olhar complacente deste Egrégio Plenário.

Enfim, se a complexidade do tema permitisse tão apertada síntese, seria de dizer-se: o processo de auditoria não tem por finalidade a punição, mas nada proíbe que nele se efetive.

Isto posto, divergindo parcialmente do Nobre Conselheiro Relator e neste particular acompanhando sua Excelência, o Nobre Conselheiro Revisor, deixo de adentrar à avaliação dos procedimentos auditados.

Já quanto à aplicação da multa, acompanho, pelos fundamentos expressos neste voto, o proposto por sua Excelência o Nobre Conselheiro Relator, sugerindo, porém, estudos para a fixação de uma diretriz uniforme sobre o tema suscitado nesta declaração de voto.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Acompanho o voto do I. Conselheiro Roberto Braguim, no sentido de conhecer a auditoria realizada, bem como quanto à possibilidade de aplicação da multa proposta nos termos do voto do I. Relator, desde que assegurado prévia e inequivocamente o exercício da ampla defesa, por se tratar de um direito constitucional, que também encontra referência expressa no artigo 121 do Regimento Interno desta Corte.

Neste sentido, revejo entendimento anterior consignado quando do julgamento do TC 3.682.97-36, aqui me curvando às ponderações consignadas pelo I. Conselheiro Roberto Braguim no sentido de que conquanto a auditoria não tenha como finalidade a punição, nada proíbe que a mesma nela se efetive, não necessitando para tal ocorrência a autuação de processo autônomo.

Imperioso salientar, portanto, que nos presentes autos houve expressa manifestação do Sr. Presidente da CET sobre as irregularidades

aferidas pelos órgãos técnicos por ocasião da auditoria realizada, restando, pois, assegurada à parte interessada a prévia oportunidade de defesa (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

Todavia, é forçoso concluir que não obstante admita-se a possibilidade de apenar os responsáveis diante de irregularidades constatadas, continuamos convictos de que as auditorias, enquanto procedimentos de fiscalização do Tribunal, não comportam julgamento de despesa, na medida em que as despesas não são formalmente analisadas cada qual em suas especificidades.

Nesta seara, deve a auditoria instruir e subsidiar a análise de um processo específico, qual seja no presente caso, o das contas da CET, nos termos do art. 44 do Regimento Interno e art. 1º da Resolução nº 06 desta Corte, para que as irregularidades aqui constatadas venham também a ser consideradas por ocasião de seu julgamento.

Frente ao exposto, acompanho voto pelo conhecimento da auditoria com aplicação de multa ao ordenador da despesa, determinando que as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos passem a acompanhar o processo que analisa a prestação de contas da Entidade, para subsidiar seu julgamento