TC 2.923.2008

3º Julgado – 3.056ª Sessão Ordinária
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Opostos em face do v. Acórdão que negou provimento aos recursos. Locação de caminhões basculantes e máquinas. SUBPREFEITURA. 1. Pretende-se a reforma de mérito da decisão, o que não se coaduna com os propósitos do recurso interposto. CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2º Julgado - 2.962ª Sessão Ordinária
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregulares os ajustes e aplicou multa. Locação de caminhões basculantes e máquinas com motorista, operador e combustível. SUBPREFEITURA. CONHECIDOS. Votação unânime. Preliminar de nulidade afastada. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.

1º Julgado - 2.779ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Locação de caminhões basculantes e máquinas com motorista, operador e combustível. Modificação do tipo de licitação de "menor preço por item" para "menor preço global", resultante de aumento no valor. Falha não corrigida. Acessoriedade. IRREGULARES. MULTA. Votação unânime.
Legislação citada: Arts. 23, § 1º; 40, § 1º; 41, § 2º e 113, § 2º, Lei 8.666/93. Art. 12, Dec. 3.555/00. Art. 2º, Dec. Mun. 44.279/03. Art. 4º, I, Lei 10.520/02. Art. 8º, II, Dec. Mun. 46.662/05. Art. 87, RITCMSP.
Relatório e voto englobado TCs 72-002.923.08-08 e 72-001.423.07-50

3º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em sede de embargos de declaração, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

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 embargos de declaração opostos, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, considerando que a embargante pretende com seu inconformismo a obtenção de efeitos infringentes, argumento que só reforça a razão de rejeição de sua peça recursal, visto que a decisão de 06/12/2017, não possui nenhuma mácula e nem se revela omissa, em negar-lhes provimento, mantendo o V. Acórdão embargado, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar, uma vez cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de setembro de 2019.

JOÃO ANTONIO
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Em julgamento os Embargos de Declaração interposto pela empresa Construtora Anastácio Ltda., em face do v. Acórdão que, em sede de Recurso Ordinário, por maioria, afastou a preliminar de nulidade arguida pela contratada, uma vez que o direito de defesa não se confunde com a fase instrutória do processo, e que, até o ingresso da recorrente nos autos, quando exerceu plenamente seu direito de defesa, esta não detinha a condição de parte.

No mérito, negou provimento aos apelos, para manter o julgamento de primeira instância pela irregularidade do Pregão 014/SP-PA/2007 e do Contrato 031/SP-PA/2007, posto que nenhum elemento novo foi acrescido suficiente para alterar o quanto decidido.

Inconformada com o resultado do julgamento, a embargante alega que houve omissão do v. Acórdão embargado, tendo em vista a

falta de enfrentamento das preliminares arguidas no seu recurso ordinário, referentes a:

1) impossibilidade da extensão dos efeitos do Acórdão à contratada, que somente cumpriu as regras estabelecidas pela Administração e

2) cerceamento de defesa.

Alega, também, no que diz respeito ao mérito, que as razões do seu recurso não foram devidamente apreciadas e, no tocante à sua tese de inexistência de prejuízo ao Erário, não foi proferido qualquer juízo decisório.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo se manifestou pela admissibilidade dos Embargos, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

No mérito, pelo seu não provimento, para manter o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, pois o que pretende a interessada, na realidade, é a reforma de mérito do "decisum", o que não se coaduna com os propósitos do Recurso interposto.

A Senhora Assessora Jurídica Chefe de Controle Externo acrescentou que, no tocante às alegações sobre a suposta ausência de apreciação de cada um dos argumentos expostos quanto ao mérito e sobre a suposta inexistência de prejuízo ao Erário, houve a apreciação – ainda que sucinta – desses argumentos, tanto é que se entendeu que "não foram acrescidos elementos novos suficientes a alterar o quanto decidido".

Destacou, ainda, que eventual inexistência de prejuízo não afasta ou nem mesmo legitima os problemas constatados, que levaram ao julgamento pela irregularidade do pregão e do ajuste dele decorrente.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e provimento dos Embargos de Declaração interpostos, com o fito de reavaliação e aceitação dos efeitos financeiros dos atos em exame.

A Assessoria da Secretaria Geral, acompanhando a manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pelo conhecimento e rejeição dos Embargos em julgamento.

É o relatório.

VOTO

1 – Conheço dos Embargos de Declaração, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

2 – No mérito, na esteira dos pronunciamentos dos Órgãos deste Tribunal, cujos argumentos ficam incorporados neste voto, nego-lhes provimento, para manter o Acórdão embargado, por seus próprios e jurídicos fundamentos, que, aliás, não possui nenhuma mácula e nem se revela omisso.

3 – Na verdade, o que pretende a embargante com seu inconformismo é a obtenção de efeitos infringentes, argumento que só reforça a razão de rejeição de sua peça recursal.

4 – Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

É como voto.

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 DOMINGOS DISSEI.

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 voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Construtora Anastácio Ltda., pois preenchidos os pressupostos para sua admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e EDSON SIMÕES, em afastar a preliminar de nulidade do Acórdão recorrido arguida pela contratada, uma vez que o direito de defesa da interessada não se confunde com a fase instrutória deste processo, e que, até o ingresso da empresa recorrente nos autos, quando pôde exercer plenamente seu direito de defesa, esta não detinha a condição de parte, como bem apontado pela Secretaria Geral desta Corte.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, quanto ao mérito, em negar provimento aos apelos, para manter o V. Acordão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, haja vista que não foram acrescidos elementos novos suficientes a alterar o quanto decidido.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar, após as providências regimentais cabíveis, o arquivamento dos autos.

Vencido, no mérito, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc" que, consoante voto proferido em separado, reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder a decisão originária, deu provimento aos apelos interpostos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc" e EDSON SIMÕES.

Ausente o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Revisor, por motivo de saúde.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 6 de dezembro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

Em análise, os Recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Construtora Anastácio Ltda., em face da R. Decisão, fls. 191/192, que, à unanimidade, julgou irregulares o Pregão 014/SPPA/2007 e, consequentemente, Termo de Contrato 031/SPPA/2007.

Foram identificadas falhas (constatadas, originariamente, no Edital do Pregão Presencial 04/SPPA/2007, que foi declarado parcialmente procedente, haja vista as irregularidades verificadas pela decisão proferida no TC 72-001.423.07-50) que não foram corrigidas no certame posterior aqui analisado, resultando em prejuízos para a Administração, ensejaram tal posicionamento deste C. Plenário neste pleito.

Ademais, à unanimidade, reiteraram os D.D. Conselheiros a decisão de aplicar aos senhores Walter Tesch (ex-Subprefeito da Prefeitura Regional de Parelheiros), Marcelo Haiiar Borges Goytacaz (Pregoeiro), e, Grace Cristiane Perina (Assessora Jurídica da Prefeitura Regional de Parelheiros), multa no valor de R$574,25, nos termos do artigo 87, do Regimento Interno deste Tribunal.

E, ainda, à unanimidade, acordaram, ante a infringência ao parágrafo 2º, do artigo 13, da Lei Federal 8.666/1993, em determinar o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, para providências que se fizerem necessárias.

O órgão fazendário interpôs recurso objetivando a reforma parcial do v. Acórdão, posto que constatada a inexistência de um prejuízo

efetivamente comprovado, devendo ser reconhecidos que os atos praticados merecem guarida, mormente se os serviços foram efetivamente prestados e regularmente pagos.

Em manifestação, o então Subprefeito de Parelheiros solicitou prazo suplementar para apresentar recurso, posto a necessidade de diligências junto à Origem para obtenção de informações. Em face de tal solicitação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu pelo deferimento para extração de cópias fotográficas, e, que a análise sobre o pedido de dilação do prazo recursal caberia ao Conselheiro Relator da fase recursal. De outra mão, Secretaria-Geral posicionou pela não concessão de prorrogação.

Em decisão interlocutória, autorizei a realização de fotocópias e indeferi a prorrogação de prazo recursal, por entendê-lo peremptório.

Interposta petição pela Contratada, pugnou, preliminarmente, pela anulação do v. Acórdão, haja vista o cerceamento de defesa ocorrido. Caso contrário, que sejam aceitas tempestivamente suas razões, pois foram protocolizadas utilizando-se o prazo em dobro, previsto regimentalmente, a fim de assegurar todos os meios inerentes ao contraditório e à ampla defesa, determinando-se sua regular intimação. Alternativamente, que seja reformada a R. Decisão, julgando-se regulares a licitação e a execução contratual; ou, ainda, que seja aceita revisão para que sejam reconhecidos os efeitos financeiros do contrato, já que o contrato foi devidamente executado.

Em manifestação, a Subsecretaria de Finanças e Controle entendeu que não há fatos novos que modifiquem suas próprias conclusões externadas na fase instrutória, mantendo posicionamento pela irregularidade dos instrumentos sob análise.

Em ato contínuo, a Assessoria Jurídica de Controle Externo afastou a preliminar arguida pela contratada, posto que efetivada a reavaliação da matéria pela Auditoria e da possibilidade de rediscussão por esse E. Plenário. Assim, conheceu ambos como recursos interpostos, e no mérito, não merecem ser providos, mantendo-se o v. Acórdão por seus próprios fundamentos.

O Órgão Fazendário manifestou ciência do acrescido neste processado, e, em frugal manifestação, requereu a apreciação dos recursos deduzidos e propugnou pelo provimento dos mesmos.

A Secretaria Geral opinou pelo reconhecimento dos recursos voluntários apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Construtora Anastácio Ltda., e, no mérito, negar provimento, mantendo-se a R. decisão incólume.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Contratada, posto que preenchidos os pressupostos para sua admissibilidade.

Afasto a preliminar de nulidade do acórdão recorrido arguida pela contratada**,** uma vez que o direito de defesa da interessada não se confunde com a fase instrutória deste processo. Ademais, até o ingresso da empresa recorrente nos autos, quando pôde exercer plenamente seu direito de defesa, esta não detinha a condição de parte, como bem apontado pela Secretaria Geral desta Corte.

No mérito, NEGO PROVIMENTO aos apelos, para manter o Acordão recorrido por seus próprios e jurídicos fundamentos, haja vista que não foram acrescidos elementos novos suficientes a alterar o quanto decidido.

Após as providências regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço dos recursos interpostos, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno e na Lei Orgânica deste Tribunal.

O pedido de anulação do julgamento apresentado pela contratada, Construtora Anastácio Ltda. merece enfrentamento pelo E. Tribunal Pleno, dada sua natureza constitucional.

A situação estampada no exame do caso concreto, semelhante àquela já apreciada por esta Corte quando do julgamento do TC 72-000.481.06-30, demonstra que a Recorrente não foi intimada na fase processual instrutória, para efeito do exercício da ampla e prévia defesa, vindo a tomar conhecimento do quanto processado somente ao tempo da intimação do v. Acórdão, o qual julgou irregulares o Pregão Presencial 014/2007 e o Contrato 31/SPPA/2007, com aplicação de multa aos responsáveis.

Conforme entendimento por mim já expressado em outras oportunidades, tenho que o exercício da ampla defesa tem referência expressa no artigo 121 do Regimento Interno desta Corte, a par de ser um direito previsto constitucionalmente, enquanto garantia assegurada às partes em todas as etapas do processo, de forma que a oportunidade de apresentação das alegações de defesa ou justificativas de prática do ato deve ser concedida aos responsáveis tão logo seja apontada qualquer irregularidade ou ilegalidade (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

Ademais, tal entendimento se alinha com o teor da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida em 04 de março de 2009, nos autos da Apelação Cível 585.295-0/0, que invalidou decisão desta Corte ao imputar débito ao ordenador da despesa sem que ele tenha tido oportunidade de se manifestar durante a instrução processual, conforme se constata a partir da ementa a seguir transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA – Parecer do Tribunal de Contas, condenando o autor a restituir aos cofres públicos o prejuízo apurado – Interposição de recurso perante o Tribunal de Contas que não supre a ausência de ampla defesa – Ofício expedido pela Municipalidade determinando a restituição do valor, sob pena de inscrição na dívida ativa – Ilegalidade – Ausência de regular processo administrativo – Formalidades legais não observadas – Ato condicionado a prévio procedimento administrativo, com direito a ampla defesa e ao contraditório, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Manifestação perante o Tribunal de Contas, que não justifica a ausência de oportunidade de defesa em sede administrativa – Atos diversos, cujas consequências também o são – Manutenção da R. sentença impugnada, que decretou a nulidade do processo administrativo – Improvimento aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal também caminha conforme 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.

Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanação da própria garantia constitucional do 'due process of law' (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de

defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - Abrangência da cláusula constitucional do 'due process of law', que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova.

– 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).

Assim, entendo que não prospera o argumento utilizado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo no sentido de que, em sede de recurso, a efetiva reavaliação da matéria pela Auditoria e a possibilidade de rediscussão pelo Plenário, asseguram o direito constitucional da ampla defesa.

Diante do exposto, e reconhecendo que a oportunidade de oferecimento de defesa deve anteceder a decisão originária, dou provimento ao recurso interposto pela Construtora Anastácio Ltda., 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 dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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, considerando que as falhas (constatadas no Edital do Pregão Presencial 04/SP-PA/2007) não foram corrigidas no certame posterior aqui analisado, resultando, inclusive, em prejuízos para a Administração, em julgar irregular o

Pregão Presencial 014/SP-PA/2007 e, por consequência, o Contrato 031/SPPA/2007, celebrado entre a Subprefeitura de Parelheiros e a Construtora Anastácio Ltda.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em razão das falhas detectadas – assim como em função do desatendimento à determinação deste Tribunal, observado pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor –, em aplicar aos responsáveis, indicados à fl. 131 dos autos, a multa no valor de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), nos termos no artigo 87 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, tendo em vista a infringência ao § 2º do artigo 113 da Lei Federal 8.666/93, ante a adoção de medidas corretivas adotadas na elaboração dos editais de licitação, em determinar o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo para as providências que se fizerem necessárias.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, após o envio de ofícios as partes para conhecimento, arquivem-se os 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 novembro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

Relatório e voto englobados: v. TC 72-001.423.07-50.