JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.003.682.97-36

Recursos de revisão - engenheiros responsáveis pela fiscalização da execução do contrato - considerações de uma auditoria como meio ou método de fiscalização - não constituem procedimento hábil para merecer decisão e apenação - não assegurado o direito de ampla defesa - conhecidos e providos os recursos - canceladas as multas impostas e as determinações do acórdão de fls. 188/198.

RELATÓRIO

Sob análise, neste segmento, os recursos interpostos pelos Senhores Frank Olav Whitton Junior, José Reis da Silva e José Roberto Sergio, em face do v. acórdão acostado às fls. 188/190, que considerou parcialmente cumpridas as determinações exaradas em decisão anterior, relativas à auditoria realizada no Departamento de Limpeza Urbana – LIMPURB, que teve por objeto a avaliação da execução dos serviços de implantação, operação, manutenção, urbanização e recuperação ambiental no Aterro Sanitário Sítio São João.

O r. "decisum", ora impugnado, aplicou multa correspondente a 238 (duzentas e trinta e oito) UFIRs aos responsáveis pela fiscalização do contrato e determinou a instauração de procedimento disciplinar para apuração dos envolvidos na falta de controle e de fiscalização do ajuste, bem assim a adoção das providências arroladas em seus itens 2 a 7, sendo que o não-cumprimento das medidas determinadas acarretaria a responsabilização civil, penal e administrativa do Diretor do órgão e a remessa de cópias dos autos ao Ministério Público, para as medidas cabíveis.

O recorrente Frank Olav Whitton Junior alegou, em suas razões, que as determinações constantes do Acórdão de 09 de dezembro de 1998 – acostado às fls. 102/103 – foram atendidas pela Origem e que a utilização de equipamentos e veículos com mais de 5 (cinco) anos de uso era admitida, em caráter excepcional e desde que comprovada a sua eficiência pela fiscalização, consoante prescrevia o Item 18 do Anexo que constituiu a Especificação Técnica dos Serviços. Ponderou, ainda, que, inexistindo dolo ou má-fé na conduta adotada, a v. decisão merece ser reformada, em especial quanto à aplicação da penalidade pecuniária e à determinação para instauração de procedimento disciplinar.

De sua vez, o Senhor José Reis da Silva argumentou que exerceu o cargo de Diretor do Departamento de Limpeza Urbana por apenas 2 (dois) meses – de 14/06/99 a 14/08/99 – período no qual não praticou qualquer ato que pudesse acarretar a aplicação de multa, posto que não foi responsável pela contratação e fiscalização analisadas. Alegando, outrossim, que a imputação da pena pecuniária configurou erro material da decisão, propugnou pela sua reforma, a fim de ser isentado da apenação imposta.

O Senhor José Roberto Sergio sustentou que a fiscalização dos contratos era feita por profissional para esse fim designado, integrante da Divisão Técnica de Aterros Sanitários, da qual era Diretor. Ademais, no ajuste em pauta, eram de responsabilidade da gerenciadora Logos a coordenação, a programação e a fiscalização do sistema de destino final

dos resíduos sólidos nos aterros. Ponderou que a utilização temporária de veículos com mais de 5 (cinco) anos era permitida, para possibilitar a manutenção dos vinculados ao contrato e que as determinações anteriores deste Tribunal foram integralmente cumpridas. Por derradeiro, alegou que não lhe foram assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa, durante a instrução, requerendo, por isso, a anulação da pena pecuniária.

A Divisão Técnica II, ao analisar as razões recursais, consignou que a Secretaria de Serviços e Obras instaurou procedimento disciplinar – Portaria nº 013/LIMPURB/02 – consoante determinação deste Tribunal, no que tange à idade dos veículos utilizados, referida no Item 18 da Especificação Técnica dos Serviços, entendendo, porém, que a permissão invocada pelos apelantes referia-se exclusivamente à execução de serviços não explicitamente determinados ou de caráter extraordinário. Aduziu, ainda, que o recorrente Frank Olav Whitton Junior, em 27/06/02, propôs a aplicação de sanção à contratada, pelo descumprimento da Cláusula 11.4.4.1 do ajuste.

A AT-Jurídica, em razão do caráter eminentemente técnico dos argumentos constantes dos recursos, acompanhou as conclusões do Engenheiro desta Corte.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propugnou pelo conhecimento e provimento dos recursos interpostos, em razão da inexistência, na r. decisão recorrida, de tipificação da conduta recriminada e da ausência de dolo ou culpa dos recorrentes.

A Secretaria-Diretoria Geral, de seu turno, opinou pelo recebimento dos apelos, porém, no que tange ao mérito, invocou a argumentação apresentada no TC nº 4.194.99-90, na qual concluiu não constituir a auditoria procedimento hábil para ensejar decisão e apenação, configurando mero procedimento de fiscalização, destinado a subsidiar futuros julgamentos das ações administrativas das quais decorrem as despesas, a teor do disposto no artigo 2º da Resolução nº 06/2000.

Reconheceu, ainda, que os recorrentes não tiveram assegurado, na hipótese, o direito de ampla defesa e propôs, assim, fosse dado provimento aos recursos e anuladas as penalidades.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos recursos interpostos, eis que presentes todos os pressupostos para sua admissibilidade.

Registro, por primeiro, que o Senhor Carlos Alberto Venturelli, identificado como responsável pela fiscalização do Contrato nº 14/LIMPURB/96, intimado da r. decisão impugnada, por via editalícia, consoante comprova a publicação de fl. 235 dos autos, não apresentou recurso e, conforme Guia de Arrecadação nº 853688, encartada à fl. 249, recolheu a importância correspondente à multa que lhe foi imposta.

Passo, a seguir, a examinar os apelos acostados aos autos sob o aspecto do mérito, consignando que o r. "decisum" anterior, decorrente de auditoria realizada no período de 12/06/97 a 02/07/97, conheceu dos trabalhos, determinando a retificação do ajuste para a inclusão da cláusula referida no artigo 55, XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, imprescindível na

espécie, a par de exarar outras 6 (seis) determinações e de ordenar a realização de nova auditoria, após 120 (cento e vinte) dias, para verificação do cumprimento do ordenado por esta Corte.

Para atender às disposições insertas no v. acórdão, foi efetivada a segunda auditoria, cujo relatório, lavrado em 09/08/99, concernente ao período de 19/07 a 06/08 do mesmo ano, noticia as seguintes providências adotadas pela Origem:

a) retificação do ajuste, por via do TA nº 02/99;
b) estocagem das bobinas em conformidade com o edital;
c) afixação de identificadores nos caminhões, com ressalva dos problemas relativos à antena de identificação automática dos veículos, apontados no TC nº 3.116.99-40;
d) cadastramento dos caminhões transportadores de chorume no SIGIL;
e) implantação de controle de fiscalização dos horários de saída e respectiva chegada, na SABESP, dos caminhões transportadores de chorume, que, entretanto, merece ser aperfeiçoado;
f) realização das obras necessárias à proteção do meio ambiente, que devem ser complementadas pela implantação de procedimentos padronizados, por escrito, visando à orientação dos motoristas, para evitar o derramamento de chorume;
g) utilização de veículos com menos de 5 (cinco) anos de fabricação, sem, entretanto, aplicação de sanção.

Sem embargo de ter a Origem complementado suas informações, noticiando a adoção de outras providências para atendimento das determinações exaradas no v. acórdão de fls. 102/103, o r. "decisum" de fls. 188/190 considerou apenas parcialmente cumpridas tais determinações, aplicando multa aos responsáveis pela fiscalização do ajuste, determinando, de outro lado, a instauração de procedimento disciplinar para apuração dos envolvidos na falta de controle e fiscalização, a par de ordenar providências administrativas atinentes ao contrato.

Contra esta última decisão foram interpostos os recursos "sub examine".

A este passo, consigno que a análise dos elementos coligidos aos autos impelem-me a rever a posição por mim adotada anteriormente, para agora considerar cumpridas as determinações insertas no v. acórdão de fls. 102/103.

É que, em que pese reconhecer o controle deficiente sobre a idade dos veículos e equipamentos utilizados pela contratada - constatado por ocasião da primeira auditoria – faço consignar que a Origem, à época da realização da segunda auditoria – esta para verificação do cumprimento das determinações desta Corte - já havia sanado as impropriedades, situação que não foi, entretanto, considerada pela r. decisão atacada.

Destarte, entendo que não devem ser mantidas a aplicação de penalidade pecuniária e a determinação para instauração de procedimento disciplinar, aliás, já iniciado pela Origem, consoante informação de fl. 242.

Ademais, considero inadequada, naquela fase processual, a imputação de multa à contratada – relativa à idade dos veículos e equipamentos utilizados -, vez que as impropriedades que a ensejariam já haviam sido sanadas antes da prolação da r. decisão impugnada.

Isto posto, dou provimento a todos os recursos, cancelando, em decorrência, as multas impostas e as determinações constantes do v. acórdão de fls. 188/190.

Aduzo, por oportuno, que a presente decisão concerne unicamente às questões abordadas nestes autos, vez que, no bojo do TC nº 3.116.99-40, está sendo avaliada a ação da fiscalização e apurado se os serviços executados no Aterro Sítio São João, decorrentes do Contrato nº 014/LIMPURB/96, foram medidos segundo dispõem as cláusulas contratuais.

Encaminhem-se cópias deste relatório e voto e do v. acórdão à Senhora Prefeita, ao Secretário de Serviços e Obras, ao Diretor do Departamento de Limpeza Urbana e à Egrégia Câmara Municipal.

Juntem-se, também, cópias das mesmas peças ao TC nº 3.116.99-40.

A seguir, arquivem-se os autos.

É o voto.

TCM, 03 de março de 2004.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Na esteira da manifestação da Secretaria-Diretoria Geral, voto pelo conhecimento e provimento dos recursos apresentados.

De fato, por força do v. acórdão de fls. 188/190 que, embasado nos relatórios elaborados pela Assessoria Técnica de Engenharia, considerou parcialmente cumpridas as determinações exaradas no acórdão original da Auditoria Especial, os recorrentes foram apenados pecuniariamente na qualidade de responsáveis pela fiscalização do contrato em análise, sem que oportunamente lhes tivesse sido assegurado o direito à ampla defesa.

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.

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-Diretoria Geral, qualquer irregularidade ou ilegalidade (arts. 122 e 123 do Regimento Interno).

E de outra forma não poderia deixar de ser, na medida em que a oportunidade de defesa deve ser prévia à aplicação de penalidades. Nesse sentido, os ensinamentos de Lucia Valle Figueiredo (Curso de Direito Administrativo. Editora Malheiros, 4ª edição, pág. 410/411), a saber:

> "O amplo contraditório, felizmente, foi estendido também ao processo administrativo, no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
> (...)
> Em conseqüência, assegura-se o amplo contraditório porque a lei pretende seja assegurado direito amplo de defesa. Estar-se-ia garantindo formal e materialmente o amplo contraditório.
> Anote-se que a defesa, em regra, há de ser prévia, e não "a posteriori"."
>
> Sobre o tema, Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro. Editora Malheiros, 18ª edição, pág. 589) sentencia: "Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia de defesa."

Como se não bastasse, muito bem apontou a Secretaria-Diretoria Geral o fato de que a auditoria, enquanto procedimento de fiscalização do Tribunal, destina-se unicamente a subsidiar futuros julgamentos de contas, atos e contratos, nos termos do art. 44 do Regimento Interno e art. 1º da Resolução nº 06 desta Corte.

É por esta razão que os dados e relatórios de auditorias, acompanhamentos, inspeções e análises integram a instrução processual, ao lado de todos os outros elementos necessários ao julgamento dos feitos, tais como documentos, pareceres, laudo pericial, etc. (art. 124 do Regimento Interno).

Disto decorre o fato de que a auditoria, em sendo mero procedimento de fiscalização do Tribunal a integrar a instrução de processos sujeitos à sua competência julgadora, não se mostra hábil a comportar decisão e apenação. Ela tem por finalidade registrar fatos, constituir prova, instruir e subsidiar a análise para um processo específico.

Frente ao exposto, meu voto é pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo acolhimento das razões apresentadas, para dar-lhe provimento, reformando o v. acórdão proferido.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 03 de março de 2004.

MAURICIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Conheço dos Recursos tempestivamente interpostos para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, em razão de ter a Origem atendido às determinações remanescentes estabelecidas no Acórdão de folhas 102 e 103. Corrobora, ainda, para essa assertiva, o fato de

estar a ação fiscalizatória do Contrato número 014/96, que cuidou da execução de serviços no Aterro São João, sendo desenvolvida no TC número 3.116.99-40.

Mantenho, por outro lado, a pena pecuniária imposta aos Recorrentes, por entender que o Acórdão recorrido decidiu à vista do cometimento de infração a dispositivo legal capitulado na Lei Municipal 10.544/88, em vigor à ocasião dos fatos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de março de 2004.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C O R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso de revisão, dos quais é Relator 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 dos recursos de revisão interpostos.

ACORDAM, outrossim, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Relator, MAURÍCIO FARIA - Revisor, apresentado em separado, e EURÍPEDES SALES, em dar provimento aos recursos, cancelando, conseqüentemente, as multas impostas, constantes do V. Acórdão de folhas 188/190 dos autos.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES que, nos termos do voto apresentado em separado, manteve a pena pecuniária imposta aos recorrentes.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em cancelar as determinações exaradas no V. Acórdão mencionado.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar:

1) o envio de cópias do relatório e voto do Relator, bem assim do presente Acórdão à Senhora Prefeita, ao Secretário de Serviços e Obras, ao Diretor do Departamento de Limpeza Urbana e à Egrégia Câmara Municipal;

2) sejam juntadas ao processo TC 3.116.99-40 cópias das referidas peças;

3) o arquivamento dos presentes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de março de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator