TC nº 72-004.155.03-96

2º Julgado

RECURSOS. EX OFFICIO. VOLUNTÁRIO. Decisão que não acolheu as notas de empenho. Serviços de limpeza mecânica de galerias e águas pluviais, ramais, poços de visita, bocas de lobo, tubos e conexões. Conhecida a capacidade postulatória do recorrente em causa própria. Declarada a exclusão da responsabilidade do recorrente. A falta da pesquisa de preço não caracteriza, por si só, a existência do preço excessivo. Reconhecido os efeitos financeiros. SUBPREFEITURA. CONHECIDOS. PROVIDOS PARCIALMENTE. Votação unânime.

2.886ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 03/05/2017

1º Julgado

ANÁLISE. NOTAS DE EMPENHO. SUBPREFEITURA. Serviços de limpeza mecânica de galerias e águas pluviais, ramais, poços de visita, bocas de lobo, tubos e conexões. Aplicação de reajuste antes do prazo devido. Ausências de pesquisa de preços e de CND. INSS. NE 60.02.004.026.6 NÃO ACOLHIDA. Votação unânime. NE 60.02.051.249.4 IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

Legislação citada: Lei Mun. 13.278/02. Art. 83, III, Lei Mun. 10.544/88. Art. 195, § 3º, CF.

298ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

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 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, em conhecer do recurso "ex officio", por regimental, e do apelo interposto pelo Senhor Josemar Silveira de Souza, por considerar a patente irresignação com o teor do julgado e ponderando que a capacidade postulatória no âmbito desta Corte de Contas não é exclusiva do advogado, tendo o recorrente, atuado em causa própria, sem assistência profissional, sendo assim, possível conhecer da petição interposta como um recurso voluntário.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, quanto ao mérito, em dar-lhes parcial provimento, apenas para declarar que o recorrente não é responsável pela irregularidade constatada, bem como para reconhecer os efeitos financeiros dos atos, uma vez que a irregularidade de não realização de pesquisa de preços, por si só, não possibilita concluir por preço excessivo, sem que sobrepreço tenha tampouco sido demostrado na instrução processual, mantendo, no mais, a decisão recorrida.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda "ad hoc" CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de agosto de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento Recursos *ex officio* e voluntário, este apresentado por Josemar Silveira de Souza, constantes do processo TC n.º 72-004.155.03-96, no qual foram analisadas a Nota de Empenho n.º 60.02.004.026-6, no valor de R$ 133.770,00 (cento e trinta e três mil, setecentos e setenta reais), e a Nota de Empenho n.º 60.02.051.249-4, no valor de R$ 13.229,72 (treze mil, duzentos e vinte e nove reais e setenta e dois centavos), tendo esta última sido emitida para cobrir a diferença decorrente do reajuste de preços, relativamente à execução dos serviços de limpeza mecânica de galerias de águas pluviais, ramais, poços de visita, bocas de lobo, tubos e conexões.

No julgamento de primeira instância, proferido no âmbito da Segunda Câmara desta Corte de Contas, o Conselheiro Relator não acolheu o Ato Determinativo de Despesa representado pelas Notas de Empenho, em razão das

infringências constatadas pelos Órgãos Técnicos e diante da ausência de esclarecimentos por parte dos interessados.

O Conselheiro Revisor apresentou voto divergente, em que julgou irregular a Nota de Empenho n.º 60.02.004.026-6, em razão da falta de comprovação da regularidade fiscal da contratada e da falta de providências visando à verificação da adequação dos preços registrados na Ata respectiva, acolhendo, todavia, os efeitos financeiros decorrentes. Acolheu, ainda, a Nota de Empenho n.º 60.02.051.249-4, nos termos da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo.

O Conselheiro Presidente, com esteio nos pareceres técnicos exarados, ressaltando a questão da ausência de pesquisa de preços, proferiu voto de desempate no sentido de julgar ambas Notas de Empenho irregulares, negando o reconhecimento de efeitos financeiros e patrimoniais.

Irresignado, Josemar Silveira de Souza, na qualidade de responsável, por ocupar, à época dos fatos, o cargo de Chefe de Seção Técnica da Unidade de Finanças da Subprefeitura da Lapa, apresentou recurso no prazo legal, suscitando dois pontos. Pelo primeiro, aduziu que não poderia ser responsabilizado pelas irregularidades referentes ao despacho da autoridade competente que autorizou a despesa, à Nota de Empenho n.º 60.02.004.026-6, e à juntada da Certidão Negativa de Débitos, pois os respectivos atos não eram de sua alçada e sequer o processo administrativo foi submetido à sua análise, naquele momento.

Em segundo lugar, o Recorrente admite a responsabilidade pela emissão da Nota de Empenho n.º 60.02.051.249-4, pugnando, contudo, pela regularidade do ato, por considerar que o valor pago a título de reajuste contratual era devido, de há muito, pela Administração, que tardou em autorizar o pagamento do valor correspondente. Ressalta, ainda, que sua responsabilidade limitou-se à reserva e ao empenho do valor, em cumprimento do ato da autoridade competente que autorizou o reajuste.

Passando à instrução recursal, foi ouvida a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, que por meio da Coordenadoria III, manifestou-se pela ratificação de seu posicionamento pela irregularidade dos atos praticados, em razão de o recurso nada inovar, considerando que os elementos trazidos em sede recursal são idênticos àqueles já suscitados por ocasião da apresentação de defesa em primeira instância.

Instada a Assessoria Jurídica de Controle Externo para se manifestar, esta apresentou parecer no sentido de ser conhecido tão somente o recurso *ex officio*, pois a petição apresentada não se caracterizaria como Recurso Voluntário, por não trazer fundamentos para reforma da decisão e não pugnar expressamente pela modificação do julgado. No mérito, opina pelo provimento parcial do recurso *ex officio* para reformar a decisão apenas no tocante à aplicação de reajuste aos preços constantes da Ata de Registro de Preços, por considerar que não havia óbices legais à correção dos valores constantes desta, mantendo a

irregularidade das despesas consubstanciadas nas Notas de Empenho anteriormente citadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pleiteou o conhecimento e provimento de ambos os recursos, pois as impropriedades constatadas cingir-se-iam a aspectos formais da contratação. Subsidiariamente, propõe o reconhecimento dos efeitos financeiros e patrimoniais do ajuste, pois a ausência de pesquisa formal de preços não pode induzir a um juízo de que a contratação foi realizada por preço superior ao de mercado, considerando que houve uma licitação com caráter competitivo. Aduz, ainda, que a Auditoria não apontou abusividade nos preços contratados por ocasião da análise inicial do feito. Por derradeiro, afirma estarem ausentes indícios de dolo, culpa ou má-fé na conduta dos agentes envolvidos.

A Secretaria Geral manifestou-se, encerrando a instrução processual, no sentido de conhecer ambos os recursos apresentados. Opina, no mérito, que deve ser negado provimento aos apelos, mantendo-se a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

É o Relatório.

V O T O

Conheço do Recurso *Ex Officio*, posto que preenchidos os requisitos regimentais. Em relação ao Recurso Voluntário apresentado por Josemar Silveira de Souza, a Assessoria Jurídica de Controle Externo apontou a ausência de pleito específico de reforma do julgado como motivo suficiente para o não conhecimento do apelo.

Apesar de o art. 139 do Regimento Interno prever que os recursos devam ser interpostos por meio de petição escrita, contendo a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que os embasam e o pedido de nova decisão, e ser possível constatar que o Recorrente não deduziu pleito específico de reforma do julgado, a manifestação trazida a fls. 158/159 pode ser entendida como uma demanda recursal válida.

Isso porque o Recorrente traz um inequívoco inconformismo com a decisão prolatada, ao analisar as irregularidades constatadas e afirmar que suas atribuições no processo eram limitadas a outros atos, não podendo responder pelas falhas apontadas no acórdão.

Considerando a patente irresignação com o teor do julgado e ponderando que a capacidade postulatória no âmbito desta Corte de Contas não é exclusiva do advogado, tendo o Recorrente atuado em causa própria, sem assistência profissional, é possível superar essa formalidade para fins de conhecimento da petição apresentada como um Recurso Voluntário.

Passando ao mérito dos recursos, a decisão recorrida que julgou irregular o Ato Determinativo de Despesa representado pelas Notas de Empenho n.ºs 60.02.004.026-6 e 60.02.051.249-4 teve como fundamentos: a ausência de Certidão Negativa de Débitos válida à época da contratação, a aplicação de reajuste antes do prazo devido e a ausência de pesquisa de preços prévia à contratação.

A questão da ausência de Certidão Negativa de Débitos vem sendo relevada pela jurisprudência deste Tribunal,[1] quando da comprovação de que a Contratada não possuía pendências, razão pela qual esse apontamento não é reputado suficiente para conduzir à irregularidade do ato.

No tocante à ausência da pesquisa de preços, esta constitui infringência suficiente para macular as Notas de Empenho emitidas. Isso porque há o risco de obsolescência dos dados constantes do Sistema de Registro de Preços, já que com o passar do tempo e com a realização de uma pluralidade de contratações, é possível que os preços de mercado tenham sido reduzidos. Tanto é possível tal hipótese que o art. 15, §4.º da Lei Federal n.º 8.666/93 prevê que a existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, sendo assegurado ao beneficiário do registro apenas e tão somente a preferência em igualdade de condições, já que uma diminuição de valores de mercado pode ocorrer.

Assim, mesmo que a não realização de pesquisa de preços não possa ser considerada suficiente para que haja um juízo de que a contratação se deu com sobrepreço, ela é elemento de instrução que satisfatoriamente demonstra que uma das principais finalidades da licitação, de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, não foi diligentemente observada pela Origem.

O fato da Ata de Registro de Preços haver sido precedida por um certame licitatório não afasta tal conclusão, já que é possível, em tese, a variação de preços, e, no caso em tela, entre a data limite para apresentação das propostas (27 de novembro de 2000) e a data da contratação (24 de janeiro de 2002) decorreu um período longo, de um ano e dois meses.

Com relação à aplicação do reajuste contratual, considero assistir razão à Assessoria Jurídica de Controle Externo, pois o reajustamento se deu após um ano da data limite para a apresentação das propostas, sendo este o marco temporal estabelecido pela Ata de Registro de Preços, que está em plena consonância com o art. 40, inciso XI, da Lei Federal n.º 8.666/93, que prevê que o reajuste será efetivado a partir da data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

[1] TC nº 72-000.051.07-72, TC nº 72-001.331.12-00, TC nº 72-002.743.12-02, entre outros.

Todavia, isso não é suficiente a conduzir um juízo de regularidade da Nota de Empenho n.º 60.02.051.249-4, pois, embora o reajustamento fosse possível pelo decurso de prazo superior a um ano da data limite de apresentação das propostas, este reajuste se processou sobre um preço viciado, já que não houve a pesquisa prévia, a garantir que os preços constantes do registro eram compatíveis com o valor praticado, à época, pelo mercado. Como o reajuste incide sobre um preço cuja validade é questionável, ele acabou sendo atingido, por arrastamento, pela irregularidade que ocorreu de forma antecedente.

Por derradeiro, cabe analisar a responsabilidade do Recorrente Josemar Silveira de Souza, que afirma não ser responsável pelas irregularidades apontadas no julgado. De fato, constata-se dos documentos trazidos aos autos que o Recorrente não praticou qualquer ato relativo à Nota de Empenho n.º 60.02.004.026-6. Em relação à Nota de Empenho n.º 60.02.051.249-4, o Recorrente praticou os atos relativos à reserva e a emissão da Nota de Empenho, que continha o reajustamento do valor da contratação, com base em parecer da Assessoria Jurídica e em ato da autoridade competente que autorizou o pagamento do reajuste.

Ou seja, o Recorrente não pode ser reputado como responsável pela irregularidade apontada no acórdão recorrido e mantida nestes autos, pois esta se refere à pesquisa de preços, o que certamente está fora da alçada de servidor que exerce funções restritas à Unidade de Finanças da Subprefeitura que contratou os serviços.

Diante do exposto, **CONHEÇO** dos recursos *ex officio* e voluntário. No mérito, **DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO**, apenas para **DECLARAR QUE** o Recorrente não é responsável pela irregularidade constatada, bem como para reconhecer os efeitos financeiros dos atos, uma vez que a irregularidade de não realização de pesquisa de preços, por si só, não possibilita concluir por preço excessivo, sem que sobrepreço tenha tampouco sido demostrado na instrução processual, mantendo, no mais, a decisão recorrida, que **JULGOU IRREGULAR** o Ato Determinativo de Despesa representado pelas Notas de Empenho n.ºs 60.02.004.026-6 e 60.02.051.249-4.

1º Julgado

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após vista que lhe fora concedida na 297ª S.O. da Segunda Câmara, para o fim de proferir voto de desempate.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, com relatório e voto, e DOMINGOS DISSEI,

nos termos de seu voto proferido em separado, não acolher o ato determinativo da despesa, representado pela Nota de Empenho 60.02.004.026.6, diante das seguintes anomalias:

1) Infringência ao item 5.1 da Ata de Registro de Preços 03/SIS/COGEL/2001, em face da aplicação do reajuste antes do prazo devido no presente contrato;

2) Não constar dos autos de pesquisas de preços prévia à contratação, condições necessárias ao cumprimento do inciso III do artigo 83 da Lei Municipal 10.544/88;

3) Não apresentação da Certidão Negativa de Débitos – CND com validade à data da contratação, infringindo o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

DECIDEM, ademais, por maioria, pelo voto do Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, para efeito de desempate, nos termos do artigo 187, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea "a", ambos do Regimento Interno desta Corte, não aceitar os efeitos financeiros e patrimoniais produzidos pelo ajuste.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que, considerando a natureza formal das falhas apontadas, somada à ausência de indícios de prejuízo ao erário, dolo ou má-fé dos agentes envolvidos, acolheu os efeitos financeiros produzidos pela nota de empenho.

DECIDEM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, julgar irregular a Nota de Empenho 60.02.051.249.4, em razão das anomalias retromencionadas.

Vencido o Conselheiro DOMINGOS DISSEI, que acolheu o ato determinativo da despesa, uma vez que o Termo de Aditamento 075/SMSP/COGEL/2002, que versou sobre o reajustamento dos preços, conforme observado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo desta Casa, foi celebrado regularmente, em consonância com a Ata de Registro de Preços 003/SIS/COGEL/2001.

Recorrem "ex officio", nos termos do artigo 136, inciso V, combinado com o artigo 137, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador da Fazenda JOEL TESSITORE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de abril de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Examina-se, nestes autos, o Ato Determinativo da Despesa, consubstanciado nas Notas de Empenho nos 60.02.004.026-6 e 60.02.051.249-4, objetivando a prestação de serviços de limpeza mecânica de galerias e águas pluviais, ramais, poços de visita, bocas de lobo, tubos e conexões.

A Auditoria, em parecer conclusivo, deu pela irregularidade da despesa, diante das seguintes anomalias:

1. Infringência ao item 5.1 da Ata de Registro de Preços no 03/SIS/COGEL/2001, face à aplicação do reajuste antes do prazo devido no presente contrato;

2. Não constar dos autos de pesquisas de preços prévia à contratação, condições necessárias ao cumprimento do inciso III, do artigo 83, da Lei Municipal no 10.544/88;

3. Não apresentação da Certidão Negativa de Débitos – CND com validade à data da contratação, infringindo o artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988. Intimada regularmente, a Sra. Luiza Nagib Eluf apresentou manifestação, às fls. 63, sugerindo também a oitiva de servidores ocupantes de cargos à época.

Foram todos intimados (fls. 66), sendo que somente o Sr. Adauto José Durigan, então Subprefeito da Lapa, apresentou sua defesa às fls. 71/86.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinaram pela irregularidade da contratação, uma vez que não foram juntadas aos autos quaisquer informações hábeis que tivessem a eficácia de alterar as irregularidades apontadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requer o acolhimento da contratação ou o aceite dos efeitos financeiros.

É o Relatório.

VOTO

Por todo o exposto, diante das infringências constatadas e da ausência de esclarecimentos por parte dos interessados, NÃO ACOLHO o Ato Determinativo da Despesa, representados pelas Notas de Empenhos nos 60.02.004.026.6 e 60.02.051.249.4, firmado com a empresa EPT-N Construções, Comércio e Empreendimentos Turísticos Ltda. **(297ª S.O. Segunda da Câmara)**

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Domingos Dissei:

Na esteira das manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo JULGO IRREGULAR o Ato Determinativo de despesa consubstanciado na Nota de Empenho 60.02.004.026-6, da Subprefeitura Lapa, em razão da falta de comprovação da regularidade fiscal da contratada à época do ajuste e da ausência de providências visando à verificação da adequação dos preços registrados na Ata respectiva.

Considerando a natureza formal das falhas apontadas, somada à ausência de indícios de prejuízo ao erário, dolo ou má-fé dos agentes envolvidos, ACOLHO OS EFEITOS FINANCEIROS produzidos pelo ajuste em questão.

Acolho o Ato Determinativo da Despesa consubstanciado na Nota de Empenho nº 60.02.051.249-4, uma vez que o Termo de Aditamento nº 075/SMSP/COGEL/2002, que versou sobre o reajustamento dos preços, conforme observado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, foi celebrado regularmente, em consonância com a Ata de Registro de Preços nº 003/SIS/COGEL/2001. **(**297ª S.O. Segunda da Câmara)

Voto de desempate proferido pelo Conselheiro Roberto Braguim:

Na 297ª Sessão Ordinária, da Egrégia Segunda Câmara, foram submetidos a julgamento o Ato Determinativo da Despesa consubstanciado nas Notas de Empenho nºs 60.02.004.026-6, no valor de R$ 133.770,00 (cento e trinta e três mil, setecentos e setenta reais), e 60.02.051.249-4, no valor de R$ 13.229,72 (treze mil, duzentos e vinte e nove reais e setenta e dois centavos), esta emitida para cobrir a diferença decorrente do reajuste de preços, relativamente à execução dos serviços de limpeza mecânica de galerias de águas pluviais, ramais, poços de visita, bocas de lobo, tubos e conexões.

O nobre Conselheiro Relator João Antonio da Silva Filho considerou irregular a expedição do Ato, louvado nos pareceres técnico-jurídicos, negando-lhe acolhida, ao passo que o ilustre Conselheiro Domingos Dissei julgou apenas irregular o Ato representado pela Nota de Empenho nº 60.02.004.026-6,

valor de R$ 133.770,00 (cento e trinta e três mil, setecentos e setenta reais), aceitando, todavia, seus efeitos financeiros, e deu acolhida a Nota de Empenho nº 60.02.051.249-4, no valor de R$ 13.229,72 (treze mil, duzentos e vinte e nove reais e setenta e dois centavos).

Registro, inicialmente, uma incorreção no resultado da votação, posto que a discrepância ocorreu não apenas em relação a NE de maior valor, mas também àquela considerada regular, em face do voto do eminente Relator julgando ambas irregulares.

Não se trata de mera formalidade legal, como sustentou o ex-Administrador Regional Adaucto José Durigan, mas de determinação legal que visa garantir o interesse público e o respeito ao princípio da economicidade e da eficácia.

A Auditoria atestou também infringência à disposição contida no item 5.1 da Ata de Registro de Preços nº 003/SIS/COGEL/2001, que só admitia o reajuste do preço contratado após um ano de sua vigência, de sorte que, na hipótese, o reajuste foi autorizado antecipadamente, contrariando aquela estipulação (fl. 48). De resto, o cumprimento da regra constitucional se prova com a apresentação da CND expedida pela Instituição Previdenciária, não cabendo à Administração suprir a obrigação do interessado, mediante consultas, como argumentou o Sr. Adaucto José Durigan, na defesa de fls. 71/79. De todo modo, a Auditoria informou a não comprovação da regularidade fiscal no interregno de 13/01/2000 a 09/04/2002, na consulta feita via internet (fl. 92).

Entendo, no exame detido dos elementos informativos e instrutivos dos autos, assistir razão ao nobre Conselheiro Relator João Antonio da Silva Filho, que deu pela irregularidade da emissão das duas Notas de Empenho com esteio nas conclusões da Auditoria, corroboradas pelos pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 52/59 e 98/100, e da Secretaria Geral, às fls. 123/124.

Com efeito, no estudo dos autos constatei que não foram respeitados os preceitos legais aplicáveis à regência dos contratos administrativos e à liquidação da despesa, e, sobremodo, o artigo 195, § 3º, da Constituição Federal, que taxativamente veda a contratação, pelo Poder Público, de pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social.

De outra face, como anotou o parecerista da Assessoria Jurídica de Controle Externo, às fls. 52/58, a pesquisa de preço é pressuposto indispensável para se apurar a compatibilidade dos preços ajustados com os fluentes de mercado, à época da contratação, inclusive àquelas atreladas à Ata de Registro de Preços, conforme exigência da Lei Municipal nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002, que substituiu a antiga Lei Municipal nº 10.544, de 31 de maio de 1988.

Assim, à luz das normas citadas e dos pareceres técnicos emitidos, aos quais me reporto como razões de decidir, julgo irregular o Ato

Determinativo da Despesa analisado, como também não aceito os efeitos financeiros e patrimoniais, coerentemente com precedentes desta Casa.

Proclamação de resultado:

A Colenda Câmara decide:

a) não acolher, por maioria de votos, o Ato Determinativo da Despesa, representado pelas Notas de Empenho nºs 60.02.004.026-6, e 60.02.051.249-4, por motivo de ilegalidade na sua emissão;

b) não aceitar seus efeitos financeiros e patrimoniais.