TC 72-004.179.00-01

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular, aplicou multa e determinação no contrato de serviços de demolição e reformas emergenciais de alojamentos. SEHAB. Voluntário [omissis] NÃO CONHECIDO, por intempestivo. Prejudicada a preliminar arguida por recorrente Voluntário [omissis], alegando a ocorrência de nulidade processual, consistente em cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do devido processo legal. Votação por maioria. Acolhida a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada por recorrente Voluntária [omissis], para excluí-la do feito, PFM e Voluntários [omissis] CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2.871ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 05/01/2017

1º Julgado

ANÁLISE. CONTRATO. EMERGÊNCIA. SEHAB. Serviços de demolição e reformas emergenciais de alojamentos. Preços excessivos. Dupla incidência de BDI. Demora excessiva na solução do problema emergencial. IRREGULAR. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 24, IV, Lei 8.666/93.

2.728ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM, após determinação de Sua Excelência, na 2.869ª S.O., para que lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO, tendo os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e MAURÍCIO FARIA – Revisor, votado na 2.854ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com relatório e voto do relator, em conhecer dos recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Senhora Antonia Aparecida Pereira e pela empresa Construtora Beter S.A.

ACORDAM, ademais, por maioria, ainda quanto aos pressupostos de admissibilidade, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator e EDSON SIMÕES, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM 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, quanto à peça recursal de Denise Lopes de Souza, em não conhecê-la, por intempestiva.

Vencidos os Conselheiros MAURICIO FARIA – Revisor, com voto proferido em separado, e JOÃO ANTONIO que, ponderando que a capacidade postulatória no âmbito desta Corte de Contas não é exclusiva do advogado, bem assim que não houve mera desídia da recorrente em deixar o prazo transcorrer "in albis", aplicaram o princípio da proporcionalidade e prestigiando o da ampla defesa e do contraditório, conhecerem do apelo.

ACORDAM, ainda, à unânimidade, em acolher a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, para excluí-la do feito, ficando em seu âmbito prejudicado o enfrentamento do mérito.

ACORDAM, também, por maioria, ainda quanto à outra preliminar arguida pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, e EDSON SIMÕES, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, em declarar prejudicada a alegação da ocorrência de nulidade processual, consistente em cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do devido processo legal, à vista do acolhimento da preliminar de ilegitimidade de parte.

Vencidos os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e JOÃO ANTONIO que deram provimento parcial ao apelo.

ACORDAM, também, à unanimidade, quanto ao mérito, em negar provimento aos apelos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Construtora Beter S.A., mantendo a aplicação de multa à ordenadora da despesa Senhora Denise Lopes de Souza.

ACORDAM, também, por maioria, ainda quanto ao mérito, em face da determinação imposta à Pasta Habitacional, pelos votos dos Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Relator, e EDSON SIMÕES, votando o Conselheiro Presidente ROBERTO BRAGUIM para efeito de desempate, em manter a ordem de convocação da contratada e a empresa gerenciadora – Ductor Implantação de Projetos S.A. – para obtenção do ressarcimento da importância paga em excesso, em razão da irregularidade apontada.

Vencidos, em parte, os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor e JOÃO ANTONIO que, em razão de juízo incidente sobre matéria de ordem pública, excluíram a empresa Ductor Implantação de Projetos S.A. da responsabilidade de ressarcimento ao erário.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, EDSON SIMÕES e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de maio de 2016.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente, com voto

DOMINGOS DISSEI
Relator

RELATÓRIO

O presente processo trata dos recursos voluntários ofertados pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, pela Construtora Better S.A. e pela Senhora Denise Lopes de Souza, todos objetivando a reforma do Venerando Acórdão proferido na 2.728ª sessão plenária de 26 de fevereiro de 2014.

O Acórdão combatido, à unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator, julgou irregular o Contrato 005/2000-SEHAB/HABI, tendo em vista que, com base nas conclusões da Equipe Técnica de Engenharia deste Tribunal de Contas, os preços unitários dos serviços que compõem o item 90.03.00 (Manutenção de Alojamento) são incompatíveis com os preços oficiais da Municipalidade devido à dupla incidência do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas).

À unanimidade, ainda, o Acórdão determinou que a Secretaria Municipal de Habitação (SEHAB) convoque a empresa Better S.A. e a empresa gerenciadora Ductor Implantação de Projetos S.A. para obter o ressarcimento da importância recebida em excesso, bem como aplicou ao ordenador da despesa, à época, a multa de R$ 574,25.

Nas suas razões de recurso, a Procuradoria da Fazenda Municipal sustentou que as impropriedades referentes à composição dos preços e do BDI restaram superadas ainda na fase instrutória, uma vez que a Origem enfrentou pontualmente as questões levantadas pelos técnicos deste Tribunal, e, ao final,

registrou sua convicção no sentido de que os atos em análise poderiam ser acolhidos, ainda que restem postos controvertidos.

A PFM destacou, também, a caracterização da situação emergencial, por se tratar de obras realizadas em alojamentos existentes nas áreas denominadas José Bonifácio e Zaki Narchi. Entendeu que os argumentos trazidos pela Pasta são razoáveis, o que enseja a convicção quanto à regularidade dos procedimentos adotados, acrescentando a dificuldade em resgatar os atos em análise que já consolidaram seus efeitos no tempo, propugnando, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, ou, sucessivamente, pelo reconhecimento dos efeitos financeiros produzidos.

A Senhora Antonia Aparecida Pereira arguiu a preliminar de ilegitimidade de parte, uma vez que teria havido equívoco do Órgão Técnico deste Tribunal de Contas ao indicar o seu nome como agente responsável à época, requerendo a sua exclusão do processo.

Sustenta a Recorrente, ainda, que por não ser parte no processo, não foi intimada na fase instrutória, o que macula o presente processo em virtude da infringência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Alega que sua participação na questionada contratação emergencial se deu exclusivamente pela Ratificação da Autorização efetuada pela Senhora Superintendente de HABI.

Informou, também, que na ocasião da assinatura do contrato não respondia mais pelo expediente da SEHAB e, assim, não determinou a emissão de reserva de empenho de recursos, não autorizou a lavratura do contrato, não assinou o contrato, não determinou o empenho nem foi a ordenadora da despesa.

Por fim, destacando a ausência de dolo e má fé, requereu a Senhora Antonia sua exclusão do feito – por ilegitimidade de parte – ou, caso assim não seja, a declaração de nulidade do julgado em razão da ofensa ao artigo 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal. E, no mérito, pugna pela revisão da multa aplicada e o acolhimento do contrato e dos seus efeitos financeiros.

A Construtora Beter S.A. alegou não ser responsável por qualquer irregularidade, uma vez que tal suspeita paira sobre erro cometido pela empresa Ductor, contratada pelo Poder Público, razão pela qual entende que as consequências de qualquer erro não podem atingir aquele que agiu de boa fé.

Aduziu que a documentação que compunha a proposta formulada para a realização dos serviços revela a sua transparência e a boa fé quanto à explicitação dos componentes financeiros pertinentes, sendo que qualquer equívoco que tenha sido cometido pela Ductor ou pela SEHAB/HABI na definição da estimativa de custos não guarda qualquer relação com a conduta da Recorrente.

Ressaltou a situação emergencial, os preços razoáveis dentro da média praticada pelo mercado e, que no seu entender, mesmo a Ductor

reconhecendo seu equívoco ao elaborar o orçamento que serviu de base para a contratação ora analisada, referido ajuste não ocorreu com preços excessivos, tanto que aceitos pela engenharia técnica da SEHAB.

Requereu a Construtora, ao final, pelo conhecimento e provimento do seu recurso para o fim de reformar o V. Acórdão, com o consequente acolhimento do contrato examinado.

A Senhora Denise Lopes de Souza, nas suas razões recursais, apresentou uma linha do tempo com as ocorrências da contratação para um melhor entendimento das condições em que se deram os atos administrativos praticados à época. Alegou que a caracterização da situação emergencial foi reconhecida e aceita pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal e que a ocorrência de equívoco na composição de um dos preços dos serviços se deu na planilha de estimativa de referência, sendo que, posteriormente, restou demonstrado por estudos técnicos especializados que estavam dentro da faixa aceitável de mercado.

Por fim, considerando inclusive a boa fé nos atos praticados, requereu o provimento do recurso, reformando-se a Decisão recorrida para considerar regular o Contrato 005/2000/SEHAB-HABI, afastando-se, ainda, a multa imposta.

A Secretaria Municipal de Habitação – SEHAB, embora regularmente oficiada, deixou transcorrer "in albis" o prazo recursal.

Submetidos os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo a manifestação da assessora opinante foi no sentido de que os recursos interpostos pela PFM, pela Senhora Antonia Aparecida Pereira e pela Construtora Beter merecem ser conhecidos.

O recurso da Senhora Denise Lopes de Souza, porém, em virtude de ter sido protocolizado extemporaneamente, o entendimento foi pelo não-conhecimento.

Sobre as preliminares arguidas, posicionou-se a assessora opinante pelo afastamento da ilegitimidade de parte alegada pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, uma vez que a servidora em questão, na qualidade de Secretária de SEHAB, à época, ratificou o despacho da Superintendente de HABI, que autorizou a contratação emergencial, além do que, no voto do Conselheiro Relator, não houve a mencionada delimitação de responsabilidade.

Com relação à preliminar de cerceamento de defesa, também alegada pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, que não foi intimada na fase da instrução processual, o entendimento da assessora jurídica opinante foi no sentido do seu acolhimento, reconhecendo-se a nulidade do Acórdão recorrido a fim de que seja feita nova instrução processual com a participação da Recorrente.

No mérito, considerou improcedentes todos os argumentos trazidos pelos Recorrentes.

Por sua vez, o Assessor Jurídico Chefe acompanhou a assessora preopinante quanto ao conhecimento dos recursos interpostos, à exceção daquele apresentado pela Sra. Denise Lopes de Souza.

Acompanhou a sua assessora, ainda, com relação ao afastamento da ilegitimidade de parte suscitada pela Sra. Antonia Aparecida Pereira. Divergiu, porém, no tocante à preliminar de cerceamento de defesa, por entender que, "...no âmbito deste Tribunal, a rigor, nesse primeiro momento processual, não haveria que se falar na obrigatoriedade de intimação do particular". Entendeu que, "...pela própria natureza do Tribunal de Contas, Instituição de controle externo, o devido processo legal segue uma lógica própria, diferentemente da lógica do contraditório judicial propriamente dito." E ponderou: "...ainda que se concluísse pela necessidade de sua intimação prévia..., diversos motivos fazem incidir a máxima de que não há nulidade onde não há prejuízo (pas de nullité sans grief), sendo eles:

(i) a natureza dos fundamentos que levaram à rejeição do ajuste;

(ii) a matéria amplamente discutida no apelo ora examinado;

(iii) e, ainda, a competência do Órgão julgador".

Opinou, pois, pela preservação dos atos processuais praticados, com amparo no princípio da economia processual e na garantia da razoável duração do processo, levando em consideração, ainda, a ausência de prejuízo.

No que concerne às questões de fundo, opinou pelo não provimento dos recursos interpostos, em consonância com o entendimento da sua assessora jurídica.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o conhecimento e provimento de todos os recursos interpostos, assim como o recurso oficial.

Na Secretaria Geral, o entendimento foi no sentido do conhecimento dos recursos interpostos, exceto aquele ofertado pela Senhora Denise Lopes de Souza, por intempestivo.

Com relação a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pela Senhora Antonia, posicionou-se a SG pelo seu provimento, tendo em vista que a recorrente não assinou o contrato, mas somente ratificado a contratação, na condição de autoridade superior, à época, por exigência do artigo 26 da Lei Federal 8.666/93. Portanto, parte ilegítima para responder pelo processo.

No mais, com relação ao mérito, entendeu que os preços unitários se mostraram incompatíveis com os preços oficiais da municipalidade, opinando pela irregularidade do contrato.

E, assim, ao final, opinou pelo provimento parcial apenas do recurso impetrado pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, vez que a mesma demonstrou ser parte ilegítima no processo, e improvimento dos demais recursos, mantendo-se a Venerando Acórdão, na íntegra.

É o Relatório.

VOTO

1 - Inicialmente, vale salientar que o presente processo, neste momento, analisa os recursos voluntários interpostos pelas Senhoras Denise Lopes de Souza e Antonia Aparecida Pereira, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Empresa Construtora Beter S/A, todos objetivando a reforma do Venerando Acórdão que, à unanimidade, julgou irregular o Contrato 005/2000-Sehab-Habi, determinou à SEHAB que convocasse a empresa contratada, Beter, e a empresa gerenciadora, Ductor, para obter o ressarcimento da importância recebida em excesso, bem como aplicou multa de R$ 574,25 ao ordenador da despesa, à época.

2 - Não é hipótese de recurso "ex officio", como aventado pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, na sua manifestação de fls. 811, uma vez que não estão presentes os requisitos do artigo 137, paragrafo único, do Regimento Interno desta Corte de Contas.

3 - Com relação aos Recursos Voluntários, CONHEÇO aqueles interpostos pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Empresa Construtora Beter S.A., pois preenchidos os requisitos regimentais.

4 - DEIXO DE CONHECER do recurso apresentado pela Senhora Denise Lopes de Souza, uma vez que intempestivo, conforme bem observado pela Secretaria Geral às fls. 823.

5 - Com relação às preliminares aduzidas, ACOLHO a Ilegitimidade de Parte arguida pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, uma vez que a mesma, na condição de Secretária Municipal da Habitação, à época, não assinou contrato algum, tampouco pode ser considerada ordenadora da despesa, nos termos do voto condutor do Acórdão recorrido.

Vale destacar que o Decreto-lei Federal 200/67, no seu artigo 80, § 1º, define que "Ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos".

O fato de a Senhora Antônia ter ratificado a contratação emergencial, que foi autorizada e formalizada pela Superintendente de HABI, Sra. Denise Lopez de Souza, não a torna "ordenadora da despesa" e, por consequência, não pode responder pela irregularidade constatada. Até porque, se assim quisessem

os Julgadores na primeira instância, teriam feito consignar nos respectivos votos, a imposição de multas aos ordenadores da despesa, no plural - o que não ocorreu. E, em acolhendo a preliminar de ilegitimidade de parte, entendo que fica prejudicada a análise da preliminar de nulidade processual decorrente do cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal, também arguida pela Senhora Antonia Aparecida Pereira.

6 - Quanto ao MÉRITO, alinho-me aos entendimentos firmados no âmbito da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, uma vez, ao longo da instrução processual, o conjunto de elementos trazidos aos autos não foram capazes de alterar o Venerando Acórdão recorrido.

7 - Sendo assim, e por todo o exposto, CONHEÇO dos recursos interpostos pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Empresa Construtora Beter S/A.

DEIXO DE CONHECER do recurso ofertado pela Senhora Denise Lopez de Souza, por intempestivo.

Dou PROVIMENTO PARCIAL ao recurso da Senhora Antonia Aparecida Pereira para o fim específico de ACOLHER a Preliminar e reconhecer a sua Ilegitimidade de Parte no presente feito.

NEGO PROVIMENTO aos demais recursos para manter o Venerando Acórdão por seus próprios e jurídicos fundamentos.

8 – Após as medidas regimentais cabíveis, arquivem-se os autos.

É o meu o voto. (2.854ª S.O.)

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Conheço dos recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Construtora Beter S/A e pela Sra. Antônia Aparecida Pereira, posto que preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 138 do Regimento Interno e no art. 45 da Lei Orgânica desta Corte de Contas.

Em relação ao recurso apresentado pela Sra. Denise Lopes de Souza, muito embora tenha sido constatada a intempestividade, essa se deu por apenas um dia, e em razão da formulação de pedido de dilação de prazo posteriormente rejeitado pelo Conselheiro Relator. Outrossim, há que se ponderar que a capacidade postulatória no âmbito desta Corte de Contas não é exclusiva do advogado, assim, é crível que a Recorrente, atuando em causa própria, sem a assistência profissional, diante da praxe de concessão de prazos de dilação para esclarecimentos, estivesse de boa-fé ao postular prazo adicional para apresentar suas razões recursais.

Tendo em vista tais circunstâncias, que demonstram que não houve mera desídia da Recorrente em deixar o prazo transcorrer "in albis", considero que a formalidade pode ser excepcionalmente superada, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e prestigiando-se a ampla defesa e o contraditório, constitucionalmente consagrado.

Feito esse juízo prévio de admissibilidade, há que se enfrentar duas questões: a ilegitimidade de parte suscitada pela Recorrente Antônia Aparecida Pereira, que não foi intimada durante a instrução do processo em análise; e a responsabilidade para o ressarcimento dos valores pagos a maior, pela dupla incidência do BDI no item 90.03.00, de manutenção de alojamentos, suscitada pela Construtora Beter S/A.

Iniciando-se a análise do constante do Recurso da Sra. Antônia Aparecida Pereira, procede a alegação da Recorrente de que não foi intimada na fase processual instrutória, para o devido exercício da ampla e prévia defesa, vindo a tomar conhecimento do quanto processado somente quando de sua intimação para conhecer do v. Acórdão de fls. 652/659.

A par de ser previsto constitucionalmente, enquanto garantia assegurada às partes em todas as etapas do processo, o exercício do contraditório e da ampla defesa 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, nos quais esta Corte imputou débito ao ordenador da despesa sem que ele tenha tido oportunidade de se manifestar durante a instrução processual, houve judicialização da questão, tendo sido invalidada a decisão desta Corte.

Este é o teor da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: 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.[1] (Grifos nossos).

Ademais da caracterização da nulidade, que por si só, é motivo suficiente para a exclusão da multa imputada à Recorrente, é necessário reconhecer que sua participação na irregularidade é diminuta.

Muito embora a Recorrente tenha responsabilidade pelos atos que exarou, no caso a ratificação da contratação, durante o período em que respondeu pelo expediente da Secretaria da Habitação, é certo que sua participação nos fatos resume-se a este único ato, comparativamente de menor relevância em relação aos demais Recorrentes considerados responsáveis, que acompanharam toda a elaboração da contratação e sua execução, tendo, desta forma, inúmeras outras oportunidades de verificar a incorreção na dupla incidência do item.

Assim, diante, principalmente, da inobservância do contraditório, e, também, pela constatação de que participação da Recorrente Antônia Aparecida Pereira não foi decisiva para o pagamento em duplicidade, necessário se faz dar provimento ao apelo, para afastar a multa a ela aplicada.

Passa-se, então, ao segundo ponto cuja análise deve ser efetuada, qual seja, a responsabilidade pelo ressarcimento dos valores pagos a maior, em razão da dupla incidência do BDI no item 90.03.00, de manutenção de alojamentos, suscitada pela Construtora Beter S/A.

Alega a Recorrente que o erro de cálculo foi cometido pela empresa Ductor Implantação de Projetos S/A, que era contratada pelo Poder Público, e, sendo assim, a Recorrente não poderia ser responsabilizada, por estar agindo de boa-fé.

Em nenhum momento da instrução processual houve qualquer alegação de que a Recorrente estivesse agindo de má-fé.

No mesmo sentido, o v. Acórdão guerreado não afirma que o recebimento tenha sido efetuado com o conhecimento da irregularidade pela Recorrente.

Todavia, embora não houvesse uma conduta de má-fé por parte da Recorrente, é inafastável que ela teve um proveito econômico na contratação maior do que era devido, causando-lhe, portanto, um enriquecimento sem causa, em detrimento do Erário.

Nesse sentido, aplicável o artigo 884 do Código Civil que prevê que aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores

---

[1] Apelação Cível n.º 585.295-5/0-00, Relator Desembargador Prado Pereira, Décima Segunda Câmara - Seção de Direito Público, DJ 04.03.2009.

monetários. Ou seja, o ressarcimento do valor indevidamente recebido independe da ocorrência de dolo ou culpa, se o enriquecimento ocorreu sem causa.

Assim, no caso em tela, mesmo não tendo sido vislumbrados elementos que demonstrem a culpa, lato sensu, pelo cálculo, como a Recorrente recebeu os valores indevidos, deve ser obrigada a restitui-los à Municipalidade.

Ademais, ainda em relação à responsabilidade da empresa Ductor Implantação de Projetos S/A, há que se considerar que nos autos não há informações de como se deu a contratação dela com a Secretaria da Habitação, se os serviços de apoio prestados para viabilização da contratação emergencial e de gerenciamento da obra foram, de alguma forma, remunerados em percentual do Contrato 05/SEHAB/00.

Ou seja, não há nos autos elementos probatórios que comprovem que a empresa Ductor beneficiou-se, ainda que indiretamente, do valor pago a maior.

Outrossim, constata-se que a empresa Ductor não foi, em nenhum momento, intimada durante a instrução processual para manifestar-se nos autos. O mesmo ocorreu em relação ao v. Acórdão de fls. 652/659, pois apesar de a Empresa Ductor haver sido responsabilizada pelo ressarcimento, por ter incorretamente elaborado a planilha com item em duplicidade, ela não foi intimada.

Assim, novamente, agora em relação à Empresa Ductor, está-se diante de uma violação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Como bem lançado em voto da lavra do Ministro Celso de Mello:

> *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.*[2]

O excerto do julgado trazido à baila amolda-se perfeitamente ao caso em tela, pois mesmo havendo elementos de instrução nestes autos que comprovem que houve erro da empresa em questão, ao duplicar item com a incidência do BDI, não podem ser tomadas medidas sancionatórias contra ela se não foi respeitado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Mesmo não havendo sido a matéria suscitada pelos recursos voluntários apresentados, há que

[2] RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014.

se considerar que o respeito ao devido processo legal é matéria de ordem pública, podendo, portanto, ser apreciado a qualquer momento, por qualquer instância, seja na vigência do CPC/73, ou do Novo Código de Processo Civil, prestes a entrar em vigor, aplicável, subsidiariamente, aos processos desta Corte.

Por outro lado, quando atua uma portadora de serviço de apoio ao gerenciamento, a responsabilidade por eventual erro da mesma cabe ao tomador de decisão que assumiu como válido o subsídio técnico que recebeu dela, não sendo pertinente pretender transferir essa sua responsabilidade à primeira.

Analisados os dois pontos suscitados em sede recursal, registro, apenas, que os recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Sra. Denise Lopes de Souza não trouxeram fatos novos que ensejassem reapreciação da decisão, sendo mantido o reconhecimento da irregularidade e a necessidade de reposição dos valores ao Erário.

Portanto, CONHEÇO dos recursos apresentados, nos termos expostos, para DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso interposto pela Sra. Antônia Aparecida Pereira, para afastar a multa a ela imposta e NEGAR PROVIMENTO aos Recursos da Construtora Beter S/A, da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Sra. Denise Lopes de Souza, MANTENDO a irregularidade da contratação, a obrigação da Construtora Beter S/A de ressarcir os valores recebidos a maior, e a multa aplicada a Sra. Denise Lopes de Souza.

Outrossim, em razão de juízo incidente sobre matéria de ordem pública, EXCLUO a empresa Ductor Implantação de Projetos S/A da responsabilidade de ressarcimento ao Erário. (2.854ª S.O.)

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Roberto Braguim

Trata-se, nesta fase processual, da análise dos Recursos Voluntários interpostos, em face de v. Acórdão proferido na Sessão Ordinária de nº 2.728, de 26 de fevereiro de 2014, na qual o E. Plenário, no julgamento do Contrato nº 005/2000, celebrado entre a Secretaria Municipal de Habitação - SEHAB e a Construtora Beter S.A., por votação unânime, julgou-o irregular, tendo em vista a incompatibilidade dos preços unitários dos serviços que compõem o item 90.03.00 – Manutenção de alojamento – com os preços oficiais da Municipalidade, devido à dupla incidência do BDI.

O r. Aresto determinou também - por votação unânime -, que a SEHAB convocasse a contratada e a empresa gerenciadora – Ductor Implantação de Projetos S.A. – para obter o ressarcimento da importância paga em excesso, em razão da irregularidade apontada.

Em remate, ainda por unanimidade, aplicou ao Ordenador da Despesa a multa de R$ 574,25 (quinhentos e setenta e quatro reais e vinte e

cinco centavos), com fulcro no artigo 87 do Regimento Interno desta Casa de Contas.

Inconformados, interpuseram Recursos a Procuradoria da Fazenda Municipal, as Senhoras Antonia Aparecida Pereira e Denise Lopes de Souza e a Contratada – Construtora Beter S.A.

Em sede de análise recursal, o Relator, - Conselheiro Domingos Dissei –, em Sessão Ordinária de nº 2.854, de 02/03/16, seguido integralmente pelo Conselheiro Edson Simões – este em Sessão Ordinária de nº 2.869, de 04/05/16, após ter-lhe sido concedida vista dos autos, deixou de conhecer do Apelo apresentado pela Senhora Denise Lopes de Souza, por intempestivo, conhecendo dos demais.

Acolheu, ainda, a preliminar de ilegitimidade de parte arguida pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, Secretária Municipal à época, eis que a Recorrente não foi signatária do Ajuste e nem emitiu qualquer empenho ou autorização de pagamento, não podendo, pois, ser considerada Ordenadora da Despesa, atribuição essa conferida à Senhora Denise Lopes de Souza. Em decorrência desse acolhimento, julgou prejudicado o exame da preliminar de nulidade processual, consistente, segundo a Apelante, em cerceamento de defesa e ofensa ao devido processo legal.

No que concerne ao mérito, deu provimento parcial ao Recurso da Senhora Antonia Aparecida Pereira, para, acolhendo a preliminar de ilegitimidade de parte, excluí-la do processo. Quanto aos demais Apelos, embasado nos pronunciamentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral acostados aos autos, negou-lhes provimento, eis que os elementos trazidos à colação não foram capazes de alterar o decidido no v. Acórdão guerreado.

Em outro norte, o Revisor, Conselheiro Maurício Faria, na primeira Sessão Ordinária mencionada – acompanhado pelo Conselheiro João Antonio, este na Sessão indicada em segundo lugar – conheceu de todos os Recursos, acompanhando o Relator no que concerne à preliminar de ilegitimidade de parte suscitada.

Quanto ao mérito, deu provimento parcial ao Recurso da Senhora Antonia Aparecida Pereira, para cancelar a multa que lhe fora aplicada, em razão de sua exclusão do processo. De outra parte, ainda na análise do mérito, negou provimento aos demais Recursos, mantendo a responsabilidade da Contratada no que toca ao ressarcimento dos valores recebidos a maior, vez que, apesar de não constatado qualquer indício de má-fé na conduta adotada pela Construtora Beter S.A., esta recebeu indevidamente as importâncias advindas da dupla incidência de BDI em relação ao item de serviço apontado. Sua Excelência, todavia, excluiu a gerenciadora Ductor Implantação de Projetos S.A. da responsabilidade de ressarcimento ao Poder Público, eis que não constam dos autos elementos comprobatórios de que referida empresa beneficiou-se do erro constatado e não foi intimada, em qualquer momento processual, para ingressar nos autos, o que constituiria atentado ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Verificou-se, pois empate no que respeita ao recebimento do Recurso oposto pela Senhora Denise Lopes de Souza e à exclusão da Ductor Implantação de Projetos S.A., no que concerne ao ressarcimento devido ao Poder Público em razão do pagamento indevido.

Em assim sendo, avoquei os autos para proferir voto de desempate, o que ora faço, no uso da competência que me é conferida pelo artigo 26, inciso IX, alínea “a” do Regimento Interno deste Tribunal.

Com esse escopo, analisando os argumentos aduzidos por ambas as correntes, inclino-me a partilhar a defendida pelos Conselheiros Domingos Dissei e Edson Simões, que proferiram seus votos embasados nos pronunciamentos dos Órgãos Técnicos desta Casa e da Secretaria Geral.

No que tange ao primeiro aspecto que redundou em empate, restou comprovada a intempestividade do Recurso da Senhora Denise Lopes de Souza, o que impede o seu recebimento e, consequentemente sua análise de mérito, por não atender ao requisito de admissibilidade estabelecido no artigo 140, alínea “d”, do Regimento Interno, conhecidos os demais Apelos por preencherem os pressupostos regimentais.

No que pertine à preliminar de ilegitimidade de parte arguida pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, entendo que deve ser acolhida, para sua exclusão do feito, em razão de não ser a Recorrente a Ordenadora da Despesa, estando, em decorrência, prejudicados a outra alegação de ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, que acarretaria nulidade processual e o enfrentamento do mérito.

Aos demais Recursos – da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Construtora Beter S.A.–, por não trazerem aos autos elementos suficientes para alterar o decidido, nego provimento, para manter, sob esse prisma, o v. Acórdão recorrido.

PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO

Feitas as indispensáveis adequações processuais, apregoo que o Plenário decidiu:

I) Por unanimidade, conhecer dos Recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Senhora Antonia Aparecida Pereira e pela Construtora Beter S.A.;

II) Por maioria, com voto de desempate desta Presidência, não conhecer do Apelo manifestado pela Senhora Denise Lopes de Souza, por intempestivo;

III) Por votação unânime, acolher a preliminar de ilegitimidade de parte, suscitada pela Senhora Antonia Aparecida Pereira, para excluí-la do feito, ficando em seu âmbito prejudicado o enfrentamento do mérito;

IV) Por maioria, com voto de desempate desta Presidência, declarar prejudicada a preliminar arguida pela mesma Recorrente, alegando a ocorrência de nulidade processual, consistente em cerceamento de defesa e ofensa ao princípio do devido processo legal;

V) No que concerne ao mérito, por unanimidade, negar provimento aos Recursos da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Construtora Beter S.A. e manter a aplicação de multa à Ordenadora da Despesa Senhora Denise Lopes de Souza;

VI) Por maioria, com voto de desempate desta Presidência, manter a determinação exarada à Secretaria Municipal de Habitação.

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, em julgar irregular o Contrato 005/2000-Sehab-Habi, tendo em vista que, com base nas conclusões alcançadas pela equipe técnica de engenharia deste Tribunal, os preços unitários dos serviços que compõem o item 90.03.00 – Manutenção de Alojamento são incompatíveis com os preços oficiais da Municipalidade devido à dupla incidência do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas).

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Habitação – Sehab que convoque a empresa Construtora Better S.A. e a empresa gerenciadora Ductor Implantação de Projetos S.A. para obter o ressarcimento da importância recebida em excesso, à vista da mencionada irregularidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aplicar ao ordenador da despesa à época a multa no valor de R$ 574,25 (quinhentos de setenta e quatro reais e vinte e cinco centavos), com fundamento no artigo 87 do Regimento Interno deste Tribunal.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor "ad hoc" e DOMINGOS DISSEI.

Ausente o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, por motivo de férias.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de fevereiro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Trata-se da análise do Contrato nº 005/2000-SEHAB-HABI celebrado por emergência, entre a Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbana e a empresa Construtora Beter S/A, com fundamento no artigo 24, IV, da Lei Federal nº 8.666/93.

O objeto da contratação consiste na execução de serviços de demolição e reformas emergenciais dos alojamentos existentes nas áreas denominadas José Bonifácio, Zaki Narchi e São Pedro no valor de R$ 935.528,79 (novecentos e trinta e cinco mil, quinhentos e vinte e oito reais e setenta e nove centavos).

A Assessoria de Engenharia deste Tribunal, após análise, entendeu que o BDI adotado de 45% encontra-se no limite superior de uma faixa de aceitabilidade. Além disso, considerou que os preços unitários dos serviços que compõem o item 90.03.00 – Manutenção de Alojamento são incompatíveis com os preços oficiais da municipalidade devido à dupla incidência do BDI. A título de esclarecimento, o BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) é um componente aplicado sobre o custo direto da obra, visando contemplar as despesas indiretas e o lucro da construtora.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu, preliminarmente, pela configuração da emergência, diante do relatório de vistoria do CONTRU, juntado às fls. 276-281 dos autos. Manifestou-se, entretanto, pela irregularidade do contrato diante dos preços excessivos apurados na contratação.

Oficiada, a Origem apresenta suas justificativas, reconhecendo o erro apontado que resultou em uma diferença de 13,02% no valor total do orçamento. Esclareceu, ainda, que a gerenciadora Ductor não detectou, à época, a incorreção constatada e que se isso tivesse ocorrido a tempo poderia negociar a redução dos preços unitários ofertados pela empresa proponente.

A Assessoria de Engenharia procedeu à nova análise, concluindo que o material enviado pela Origem comprova que ocorreu dupla incidência de BDI nos serviços do item 90.03.00 – Manutenção de Alojamento, do orçamento básico da obra.

A Assessoria Jurídica discorda das razões apresentadas pela Origem. Primeiro, porque o prazo de vigência de 180 dias a partir da emissão da ordem de serviço revela um tempo suficiente para renegociação dos preços contratados. Em segundo lugar, porque o preço excessivo resultou de erro na elaboração da planilha, cabendo, necessariamente, a revisão dos preços contratados. Manteve, ao final, seu entendimento pela irregularidade do contrato, sugerindo determinar à Administração que convoque a empresa contratada e a empresa gerenciadora Ductor para obter o ressarcimento da importância recebida em excesso.

Determina-se a intimação do então Superintendente de HABI, a Senhora Denise Lopes de Souza e o Senhor Arlindo Antonio Stocco, representante legal da empresa contratada. As justificativas apresentadas foram analisadas pela equipe de engenharia, que concluiu às fls. 578-583 que as defesas apresentadas não alteraram as conclusões anteriores, demonstrando, inequivocamente, que os preços unitários que compõem o item 90.03.00 – Manutenção de Alojamento – são incompatíveis com os preços oficiais da municipalidade.

A Assessoria Jurídica ressalta que a alegada situação de emergência não autoriza a contratação com preços acima de mercado, opinando, assim, pela irregularidade do instrumento em análise.

A Procuradoria da Fazenda Municipal com supedâneo nos esclarecimentos oferecidos pela Origem requereu o acolhimento do contrato em análise.

A Secretaria Geral acompanhou as manifestações técnicas lançadas nos autos pela irregularidade da contratação.

Por sugestão do Conselheiro Revisor, os autos foram encaminhados à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para analisar a excessiva demora para a solução do problema emergencial. Em resposta, a Coordenadoria VI informou que, apesar de o contrato sob exame ter sido assinado somente em 07 de junho de 2000, sete meses após a solicitação ou nove meses após relatórios do Departamento de Controle do Uso de Imóveis - CONTRU, ou seja, com uma aparente excessiva demora para a solução do problema emergencial, verifica-se pelos documentos analisados que nesse intervalo de tempo, houve o atendimento à situação emergencial com o início dos serviços a partir de 14.12.1999.

A Procuradoria da Fazenda Municipal reiterou seu posicionamento anterior, propondo no caso de não ser acolhido o contrato em exame, que sejam aceitos seus efeitos financeiros.

A Secretaria Geral, inobstante o entendimento esposado, entendeu que merece ser sopesada a necessidade do serviço e sua efetiva prestação, propondo o reconhecimento dos efeitos produzidos pelo ajuste.

É o Relatório.

VOTO

Com fundamento nas manifestações unânimes dos órgãos técnicos deste Tribunal, julgo IRREGULAR o Contrato nº 005/2000-SEHAB-HABI celebrado por emergência, entre a Secretaria da Habitação e Desenvolvimento Urbana e a empresa Construtora Beter S/A.

Determino à Municipalidade que convoque a empresa contratada e a empresa gerenciadora Ductor para obter o ressarcimento da importância recebida em excesso com base nas conclusões alcançadas pela equipe técnica de engenharia deste Tribunal.

Aplico ao ordenador de despesa à época a multa de R$ 574,25, com fundamento no art. 87, do Regimento Interno deste Tribunal.