TC nº 72-005.756.04-42

RECURSOS. EX OFFICIO. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o ajuste consubstanciado na Nota de Empenho. Locação de máquinas pesadas com operador e combustível. SUBPREFEITURA. CONHECIDOS. PROVIDOS, para acolher excepcionalmente a contratação. Votação unânime.

1º Julgado – Juízo Singular.

2.945ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 02/04/2018

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 reexame necessário e dos recursos voluntários interpostos e, no mérito, em dar-lhes provimento, para acolher, excepcionalmente, a contratação realizada por meio da Nota de Empenho 17.456/04, extraída da Ata de Registro de Preços 64/SMSP/COGEL/2002.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar que se dê ciência do teor do presente Acórdão aos recorrentes, arquivando-se, após, estes autos.

Declarou-se impedido o Conselheiro JOÃO ANTONIO, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte, uma vez que se trata de uma matéria que envolve um ex-Subprefeito da Cidade de São Paulo, Carlos Eli Gonçalves, que hoje ocupa a Chefia de Gabinete da Presidência da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de setembro de 2017.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trago a julgamento os recursos voluntários apresentados pela empresa Era Técnica Engenharia, Construções e Serviços Ltda. e Carlos Eli Gonçalves, objetivando a reforma da decisão em juízo singular de fls. 90/93, que julgou irregular a contratação realizada por meio da Nota de Empenho n.º 17.456/04, extraída da Ata de Registro de Preços n.º 64/SMSP/COGEL/2002. Não obstante o juízo de irregularidade, a decisão aceitou excepcionalmente os efeitos financeiros decorrentes do ajuste, em razão da ausência de constatação de prejuízo ao Erário.

A empresa Contratada Era Técnica Engenharia, Construções e Serviços Ltda., interpôs recurso ordinário pleiteando a reforma da decisão para que o ajuste fosse considerado regular, pois considera que prestou o serviço a contento, não gozou de nenhum benefício indevido e nem causou prejuízo ao Erário. Alega que se ocorreram erros no procedimento de expedição da Nota de Empenho, estes deveriam ser imputados exclusivamente à Origem, especificamente ao Departamento de Transportes Internos da Subprefeitura de Vila Prudente e Sapopemba.

Também inconformado com a decisão, Carlos Eli Gonçalves recorreu da decisão, preliminarmente apontando que a Ata de Registro de Preços n.º 64/SMSP/COGEL/2002 foi julgada regular no TC n.º 72-004.479.03-98. Aduziu, além disso, que a ausência de dolo ou prejuízo ao Erário permitiria o acolhimento da contratação, nos termos da manifestação da Assessoria Jurídica de Controle Externo. Sustenta tal posicionamento por meio do ensinamento doutrinário pelo qual não há declaração de nulidade sem dano (*pas de nullité sans grief)*.

Instada a se manifestar em sede recursal, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos ordinários interpostos e pela necessidade de reexame necessário no caso, em razão da incidência do art. 136, inciso V, c.c. o art. 137, parágrafo único, ambos do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

No mérito, opinou pela possibilidade de provimento dos apelos, pois muito embora os recursos não tenham inovado do quanto já discutido nos autos, a posição da Especializada, esposada desde a instrução inicial do processo, era pelo acolhimento do ajuste em face da natureza das irregularidades detectadas, da inexistência de demonstração de que os preços contratados não foram vantajosos, e da ausência de dolo ou má-fé.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se esclarecendo, preliminarmente, que não apresentou recurso voluntário em razão do reconhecimento dos efeitos financeiros da contratação, mas que considera que os recursos merecem conhecimento e provimento, a fim de que seja reconhecida a regularidade formal dos atos praticados.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria Geral divergiu da Assessoria Jurídica de Controle Externo, por considerar que a realização de pesquisa de preços previamente ao ajuste é condição indispensável à formalização deste, tendo como objetivo apurar a vantajosidade econômica do uso de uma ata de registro de preços.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos recursos voluntários apresentados por Era Técnica Engenharia, Construções e Serviços Ltda. e Carlos Eli Gonçalves, posto que preenchidos os requisitos constantes da Lei Orgânica e do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Registro, da mesma forma, a incidência, no caso em tela, da previsão do Regimento Interno que determina o reexame necessário da decisão de juízo singular que julgar irregular ou ilegal ato ou despesa executada.

O julgado guerreado funda-se exclusivamente na ausência de pesquisa de preços para contratação do serviço de locação de pás carregadeiras que havia sido objeto da Ata de Registro de Preços n.º 64/SMSP/COGEL/2002.

Acerca dessa questão, esta Relatoria já se pronunciou, em outra oportunidade, pela possibilidade de ser relevada, excepcionalmente, a ausência de pesquisa prévia à contratação de objeto previsto em Ata de Registro de Preços.

Por ocasião do julgamento do TC 72-006.712.00-89[1], fiz um breve recorrido histórico das previsões legais municipais acerca do momento em que a pesquisa de preços deveria ser efetuada, bem como sobre qual seria o órgão responsável por sua realização. Tal análise levava à conclusão de que a falha, se ocorrida em um determinado período, em que estavam vigentes determinados dispositivos legais, poderia ser relevada.

Conforme apontado já naquele julgado, o Decreto Municipal nº 38.903/99 impunha a obrigatoriedade da realização de prévia pesquisa de preços, para o fim de apurar a vantajosidade econômica da contratação

[1] Julgado em 29 de novembro de 2006.

decorrente da utilização de Ata de Registro de Preços, o que foi repetido pelos posteriores Decretos Municipal nº 40.219/00 e 41.772/02.

Esta última norma veio a ser substituído pelo Decreto nº 44.279/03, que reafirmou a exigência em discussão, em seu art. 34. Referido decreto vige até hoje, muito embora a disciplina do tema tenha sido alterada posteriormente pelos Decretos Municipais n.º 46.662/05 e 50.605/09.

Então, o que interessa para o deslinde da causa examinada é a previsão legal vigente quando da emissão da Nota de Empenho n.º 17.456/04, qual seja, a redação original do art. 34 do Decreto n.º 44.279/03:

"Art. 34. A celebração dos contratos decorrentes das atas de registro de preços deverá ser precedida de prévia pesquisa de preço, que revele a conveniência da contratação, na forma do artigo 4º deste decreto".

De fato, o dispositivo faz a exigência da pesquisa prévia de preços, o que deu causa à infringência constatada. No entanto, o art. 34 afirma que a pesquisa de preços está submetida ao previsto no artigo 4.º, que, por sua vez, em seu parágrafo segundo, abre a possibilidade de a autoridade responsável pela licitação ou pela contratação, efetuar a pesquisa na medida em que julgasse que essa fosse necessária. Veja-se o teor exato do art. 4.º, §2.º, do Decreto n.º 44.279/03, vigente quando da contratação:

"Art. 4º. (...) § 2º. A pesquisa de preço, a critério da comissão de licitação ou da autoridade competente para autorizar a contratação, deverá ser repetida sempre que necessário à preservação do interesse público, considerados o tempo decorrido, a sazonalidade de mercado ou outras condições econômicas específicas".

Do cotejo do previsto no art. 4.º, §2.º, com o art. 34, ambos do Decreto n.º 44.279/03, era lícito fazer, à época, a interpretação no sentido de que a pesquisa de preços estava condicionada a um juízo prévio se tal medida era necessária, ou não, para a preservação do interesse público.

Muito embora não seja essa a interpretação que posteriormente tenha vindo a prevalecer, o fato é que não seria desarrazoado que, à época, um agente administrativo entendesse que a autoridade competente poderia dispensar a pesquisa de preços, se assim julgasse cabível e não procedesse à pesquisa.

Tanto não era despropositada tal interpretação que, em outras ocasiões, em que incidiam exatamente os mesmos dispositivos legais, esta Corte se pronunciou no sentido de que a ausência da pesquisa de preços caracterizava uma falha que poderia ser relevada, desde que ela viesse desacompanhada de outros elementos que indicassem sobre preço ou prejuízo para o Erário. Esse é o teor, por exemplo, do julgamento efetuado no TC 72-004.279.03-07.

Portanto, diante da redação dos dispositivos legais vigentes e aplicáveis à época, bem como pela ausência de elementos que apontem para sobre preço na contratação, prejuízo ao Erário, ou mesmo má-fé dos agentes públicos que deveriam ter realizado a pesquisa, conforme suscitado pelo parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, reputo como passível de relevação a falha no caso em exame.

Registro que essas peculiaridades do caso concreto em julgamento permitem a relevação da falha nesta hipótese específica, o que não afeta o posicionamento atual desta Relatoria, que entende que a realização de pesquisa previamente à contratação por ata de registro de preços é extremamente relevante, podendo conduzir a um juízo de irregularidade.

Isso porque a intepretação, admissível à época da nota de empenho ora analisada, não mais subsiste, face à alteração do teor dos arts. 4.º,§2.º e 34 do Decreto n.º 44.279/03, e à consolidação do posicionamento dos órgãos de controle externo em geral pela indispensabilidade da pesquisa, face ao risco de obsolescência dos dados constantes do Sistema de Registro de Preços.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do reexame necessário e dos recursos voluntários apresentados por Era Técnica Engenharia, Construções e Serviços Ltda. e Carlos Eli Gonçalves, para, no mérito, **DAR-LHES PROVIMENTO,** para **ACOLHER, EXCEPCIONALMENTE,** a contratação realizada por meio da Nota de Empenho n.º 17.456/04, extraída da Ata de Registro de Preços n.º 64/SMSP/COGEL/2002.

INTIMEM-SE os recorrentes do teor da decisão proferida. Após, arquivem-se os autos.