JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.524.97-00

Auditoria Especial - solicitação do Ministério Público - denúncia apresentada por Vereador a respeito de débitos da Enterpa perante a Fazenda Federal e Municipal - superveniência de débitos que, por ocasião da expedição da certidão, não constavam do sistema - débitos com exigibilidade suspensa - por ocasião da assinatura do contrato a exigência se restringe à regularidade perante a Fazenda Pública contratante - CTN, art. 193 - Lei 10544/88, art. 55, § 4º, com a redação da Lei 11194/92 - CF, art. 195, § 3º - Lei 10544/88, art. 35, IV, com a redação da Lei 11184/92 - regularidade do procedimento da administração - Preliminar - relatoria - conversão de julgamento em diligência - Reaberta a instrução, tornando-se sem efeito os votos já proferidos, prolatando novos, após os novos elementos trazidos aos autos (m.v.) (RTCM, art. 115, § único - questão tratada nos TCs 2540/95-44, 3524/97-95 e 4878/00-60).

Egrégio Plenário

Relato o processado, adotando, na íntegra, o magnífico pronunciamento do Ilustre Secretário-Diretor Geral desta Corte, Dr. João Alberto Guedes, vazado nos seguintes termos (fls. 94/97):

"Versa o presente sobre auditoria especial determinada para apurar a forma pela qual a Prefeitura de São Paulo tem aferido a regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda., nos contratos de prestação de serviços celebrados com aquela empresa.

O procedimento teve origem na solicitação de nova auditoria nos contratos da empresa em questão, formulada pela Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, tendo em vista haver notícia de débitos da empresa com a Fazenda Federal, além de ser devedora do Imposto Sobre Serviços, segundo denúncia apresentada pelo Vereador Dalmo Pessoa, anexa à solicitação.

Aud I, tendo analisado a documentação apresentada pela Enterpa em diversos contratos e concorrências, apontou divergências entre o documento de fls.7, anexado pelo Ministério Público, e as certidões de fls.47 e 32, todos emitidos por órgãos da Secretaria da Receita Federal. Questionou, ainda, a conduta da Prefeitura, ao não exigir certidões de regularidade fiscal, por ocasião da assinatura dos contratos, quanto já vencidas as apresentadas na fase de licitação, ou mesmo nos contratos emergenciais, quando inexistente comprovação anterior, solicitando manifestação da AT-Jurídica a respeito da questão. Quanto à discrepância entre documentos emanados da mesma fonte, entendeu que o fato somente poderia ser esclarecido pelo próprio órgão emissor (fls. 70/73).

A AT Jurídica asseverou já ter a matéria merecido estudo da Procuradoria Geral do Município, pelo Pronunciamento 001/95-PGM-G, reportando-se também ao art.55, da Lei Federal 8.666/93, para afirmar a indispensabilidade da manutenção dos requisitos de

habilitação por todo o período de vigência do contrato. Concluiu, por fim, pela irregularidade da conduta da origem (fls. 76/79).

A Subchefia daquela unidade jurídica, por sua vez, apontou que a certidão de fls.47, relativa aos débitos com a Fazenda Federal, continha dizeres expressos no sentido de valer como certidão negativa, por estarem os créditos existentes com sua exigibilidade suspensa. Além disso, relativamente aos débitos do ISS, esta Corte já havia decidido, no TC 73.000.083.95, não existir impedimento à participação em licitação da empresa cujos débitos estivessem em cobrança, na fase de defesa ou recurso administrativo, ou garantidos por penhora em processo judiciais. Assim, opinou pela improcedência da denúncia formulada pelo Vereador Dalmo Pessoa, objeto da indagação do Ministério Público (fls. 80/81).

A Procuradoria da Fazenda Municipal adotou o entendimento manifestado pelo Dr. Alvaro de Queiroz Franco, às fls. 80/81, sustentando a improcedência da denúncia formulada (fls. 93).

Efetivamente, há discrepância entre o documento de fls. 7, datado de 2 de julho de 1996 e o contido nas certidões de fls. 25 e fls. 47, expedidas, respectivamente, em 16 de setembro de 1993 e em 4 de março de 1995. Pelo primeiro, haveria débitos da Enterpa relativos ao Imposto de Renda, cujos vencimentos recairiam em 1991 e em julho de 1994, os quais, em tese, deveriam ter sido mencionados nas certidões posteriores, o que não ocorreu.

Entretanto, para efeito de comprovação de existência de débito, o documento de fls. 7 é totalmente inadequado.

Em efeito, trata-se de simples memorando, com produção de efeitos apenas internos, dentro da Secretaria da Receita Federal onde circulou.

Diversamente, as certidões administrativas, no dizer de Hely Lopes Meirelles, "destinam-se a comprovar fatos ou atos permanentes" e "têm o mesmo valor probante do original, como documentos públicos que são" (Direito Administrativo Brasileiro - 20ª edição atualizada - Malheiros Editores - 1995, p. 176 e 175).

É evidente, portanto, que o conteúdo das certidões de fls. 25, 32, 47 e 48 deve prevalecer sobre o contido no memorando de fls. 7, o qual não poderia, por essa razão, ser considerado pela Prefeitura, ainda que dele tivesse tomado conhecimento.

No tocante ao ISS, a certidão negativa de fls. 50, relativa à empresa Enterpa, deixa expresso estarem alguns autos de infração pendentes de recurso e outros devidamente garantidos por penhora. É o quanto basta para atestar a regularidade da participação da referida empresa em licitação, consoante precedente desta Corte, no TC 72.003.082.95, invocado pela Subchefia da ATJ, em seu pronunciamento de fls. 80/81.

Incensurável portanto, a forma de aferição da regularidade fiscal das empresas licitantes, efetivada pela Prefeitura de São Paulo.

Resta examinar a questão posta por Aud I, no tocante à imposição legal da exigência da comprovação da regularidade fiscal das empresas, por ocasião da assinatura dos contratos.

Conquanto seja essa a conduta lógica - para todos os tributos incidentes na esfera jurídica da contratada -, não decorre de disposição legal expressa.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 193, torna obrigatório, nos contratos, a exigência de comprovação da regularidade com o fisco da Fazenda Pública contratante, não outra.

De forma semelhante dispõe a Lei Municipal nº 11.194, de 15 de março de 1992, ao exigir que o vencedor de convite, por ocasião do ajuste ou retirada da nota de empenho, comprove ou declare, sob as penas da lei, sua regularidade quanto aos encargos tributários municipais.

A Lei Municipal 11.184, de 9 de abril de 1992, em seu artigo 1º, reprisando a disposição contida no art. 195, § 3º, da Constituição Federal, torna obrigatória, nos contratos, a exigência de comprovação da regularidade com o sistema da seguridade social, silenciando quanto aos demais tributos.

E o art. 55, da Lei Federal 8.666/93, ao estabelecer, como cláusula contratual necessária, a obrigação de o contratado manter as condições de habilitação durante toda a execução do contrato, apenas autoriza a Administração Pública a exigir, em qualquer momento da duração do contrato, a comprovação da regularidade fiscal do contratado. Não a obriga, porém, a concretizar essa exigência no momento da assinatura do contrato.

Sendo insuficiente a normatização da matéria, não se pode acoimar de ilegal a conduta da Prefeitura, por não exigir, no momento da assinatura do contrato, a mesma comprovação da regularidade fiscal e previdenciária imposta na legislação de licitações, tenha havido ou não procedimento licitatório anteriormente ao contrato.

Equacionada a indagação de Aud I, cumpre reafirmar a regularidade da conduta da Prefeitura na aferição da regularidade fiscal e previdenciária de seus licitantes, não procedendo, pois, a denúncia formulada pelo Vereador Dalmo Pessoa, que embasou a solicitação do digno representante do Ministério Público."

É o relatório.

VOTO

Adotando, como razões de decidir, a manifestação da D. Secretaria-Diretoria Geral, voto no sentido da regularidade do procedimento da Administração, quando da aferição da regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda., relativamente aos contratos referenciados na inicial.

Determino, outrossim, o encaminhamento de cópia do inteiro teor dos autos à Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, arquivando-se após.

São Paulo, 04 de agosto de 1999.

NELSON TAKEO SHIMABUKURO
Conselheiro Relator

(voto Exmo. Cons. Edson Simões):

VOTO, justificando:

Entendo que o documento juntado à folha 07 (sete), datado de 02 de julho de 1.996, apesar de ser um memorando interno da Receita Federal, portanto, sem força para substituir as certidões de folhas 25 e 47, datadas de 16 de agosto de 1.993 e 04 de maio de 1.995, respectivamente, não pode ser ignorado, eis que, no mínimo, serve como **INÍCIO DE PROVA**, para a apuração real de situação fiscal da empresa contratada, à época das renovações contratuais.

Observei, principalmente, que o lapso de tempo entre a adjudicação e as datas das certidões foram longos, fato que, por si só, justificava o dever da Origem em exigir certidões atualizadas, mesmo que o Artigo 55, inciso XIII da Lei número 8.666/93, não obrigue, expressamente, a exigir tal comprovação no momento da assinatura de cada contrato ou termo aditivo.

Entendo, portanto, que o dispositivo supracitado, ao estabelecer que é cláusula necessária em todo o contrato, "a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação", traz implícito a obrigação de se manter atualizada a situação de regularidade fiscal.

Outrossim, não se pode ignorar, eis que notório, que as certidões em referência **TÊM VALIDADE** POR SEIS MESES e, o interregno entre a apresentação de uma e de outra certidão supera, em muito, o prazo expresso nas mesmas.

Finalmente, entendo que tanto a prática como a interpretação da lei leva-me a considerar que o contexto da Lei número 8.666/93 não pode ter um peso e duas medidas, ou seja, quando seu Artigo 34 exige o prazo máximo de um ano para os registros cadastrais para efeito de habilitação, não pode deixar liberado, em qualquer outro artigo, um interregno de quase 02 (dois) anos entre a apresentação de uma e outra certidão, mesmo sendo outro tipo de licitação.

Portanto, ressalto que as impropriedades detectadas pelos auditores, as divergências de interpretações legais, as divagações "extra petita" e o **INÍCIO DE PROVA** implícito no memorando interno da Receita Federal, podem levar subsídios à denúncia formulada pelo Vereador Dalmo Pessoa junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo se durante a Auditoria realizada fosse oficiado à Receita Federal, para esclarecimento da veracidade do Memorando número 557/96, o qual divergiu das certidões emitidas por ela própria.

Entendo que a solicitação do Ministério Público do Estado de São Paulo somente poderá ser subsidiada por esse Tribunal de Contas, **QUE É O MÉRITO DO PRESENTE PROCESSO**, se Auditoria tivesse esclarecido a divergência existente a respeito da regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda. perante a Receita Federal.

Portanto, sugiro a **CONVERSÃO DO JULGAMENTO** em **DILIGÊNCIA**, a fim de que se dê continuidade a Auditoria, oficiando-se à Receita Federal, face a notícia de débitos tributários da referida empresa contratada para com a Fazenda Federal, complementando-se, dessa forma, a instrução processual.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 25 de agosto de 1999.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

Egrégio Plenário

Versou o presente sobre pedido da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, no sentido de que o Tribunal aferisse a regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda. nos contratos de prestação de serviços celebrados por aquela empresa.

A razão da solicitação residiu no fato de que, consoante denúncia apresentada pelo Vereador Dalmo Pessoa, haveria notícia de débitos da Enterpa para com a Fazenda Federal, além de que a mesma seria devedora do Imposto Sobre Serviços.

O resultado da Auditoria efetuada por AUD foi trazida a este Plenário na sessão de 4 de agosto p.p., ocasião em que o Conselheiro Nelson Shimabukuro expendeu seu voto, em face do contido no processado, no sentido da regularidade do procedimento da Administração , sendo acompanhado pelo I. Conselheiro Eurípedes Sales, na sessão do dia 18 de agosto p.p.

Nessa mesma Sessão o N. Conselheiro Edson Simões pediu vista dos autos, devolvendo-o na de nº 1.875, propondo, em preliminar, a conversão do julgamento em diligência para que, dando continuidade à auditoria com expedição de ofício à Receita Federal, à vista da notícia da existência de débito da referida empresa. A proposta, na ocasião, foi referendada pelos Conselheiros Eurípedes Sales e Roberto Braguim.

Oficiada por duas vezes, em 14 de setembro e 29 de outubro de 1999, a Delegacia da Receita Federal em São Paulo não respondeu a esta Corte.

Determinei, então, a SFC a realização de Inspeção com a finalidade de se cumprir o deliberado por este Plenário.

Após diligência junto à Delegacia Federal, os Srs. Técnicos de AUD acostaram aos autos o ofício DRF/SP/GAB nº 238/00, contendo os seguintes esclarecimentos fornecidos pelo Sr. Chefe Substituto do Centro de Atendimento do Contribuinte Santo Amaro, subordinado à Divisão de Atendimento ao Contribuinte – DIVAT:

> *"Primeiramente gostaríamos de salientar que qualquer análise mais acurada que eventualmente pudéssemos resolver fazer agora, seria quase impossível, visto o interregno de tempo decorrido entre a expedição da Certidão questionada e o presente momento, ou seja, passados mais de seis anos.*
> *Porém, algumas considerações podemos tecer, pois não parece haver qualquer divergência entre o Memorando nº 557/96 e a Certidão emitida em 16/08/1993 ou a emitida em 04/05/1995, ou qualquer outra.*
> *Como é cediço, a situação fiscal dos contribuintes, não é uma situação estática, é uma posição que reflete aquele momento, pois o fato de o contribuinte estar inadimplente ou não, depende da análise das Declarações apresentadas, e os batimentos dos pagamentos efetuados nos*

respectivos vencimentos ou mesmo a destempo, com os créditos tributários constantes da citada declaração.
É também de conhecimento, que as declarações são entregues a título de Auto-lançamento, pendente de homologação por parte do fisco, que tem um prazo de até 05 anos para fazê-lo, conforme determinação legal.
Diante disso, podemos verificar que a citada Certidão, foi expedida antes de ***haverem existido*** *os fatos geradores dos créditos identificados com o código 8045, 2172 e 2484, como descrito no memorando em questão, e os débitos referentes à antecipação do IRPJ do exercício de 1992, oriundos da análise da citada declaração, ainda não constavam dos sistemas quando da emissão da debatida Certidão.*
Outro ponto a salientar diz respeito aos débitos declarados em DCTF como suspenso por MEDIDA JUDICIAL, que se por um lado necessita de uma verificação da Medida alegada, por outro não impede a emissão de qualquer Certidão, nos termos do art. 206 do CTN, e quanto aos ***PROCESSOS FISCAIS*** *descritos também naquele memorando na situação em que se encontravam, ou seja, suspenso por medida judicial ou aguardando julgamento na área administrativa, da mesma forma não impedia a expedição da Certidão.*
Outrossim, gostaríamos de lembrá-los que em 1993, sequer discrepância ou divergência entre a Certidão emitida em 1993 e o memorando de 1996, e certos de termos atendido da melhor forma possível, nos colocamos à disposição para quaisquer outros esclarecimentos."

Cumprido, destarte, o desiderato da diligência, trago os autos para deliberação do Plenário, ocasião em que me reporto e endosso o voto proferido por meu substituto, Dr. Nelson Shimabukuro, nos seguintes termos:

"Adotando, como razão de decidir, a manifestação da D. Secretaria-Diretoria Geral, voto no sentido da regularidade do procedimento da Administração, quando da aferição da regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda., relativamente aos contratos referenciados na inicial.

Determino, outrossim, o encaminhamento de cópia do inteiro teor dos autos à Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, arquivando-se após."

É o meu voto.

São Paulo, 19 de julho de 2000

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Continuo a entender que o documento juntado à folha 07, datado de 02 de julho de 1.996, apesar de ser um memorando interno da Receita Federal, portanto, sem força para substituir as certidões de folhas 25 e 47, datadas de 16 de agosto de 1.993 e 04 de maio de l.995, respectivamente, não pode ser ignorado, tendo em vista que além de servir como **INÍCIO DE PROVA**, para a apuração real de situação fiscal da empresa contratada serve,

sobremaneira, como cortina de fumaça para a tentativa de encobrir a principal ilegalidade apontada pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, qual seja, a validade das CERTIDÕES NECESSÁRIAS E OBRIGATÓRIAS, na data da homologação e assinatura do contrato.

A prova de regularidade perante a Fazenda Federal deverá ser demonstrada mediante a apresentação de certidão negativa de débito expedida pela Receita Federal, evidenciando a quitação dos tributos federais, e de certidão negativa de inscrição de dívida da União emitida pela Procuradoria da Fazenda Nacional, comprovando a inexistência de qualquer débito com essa.

Dessa forma, não basta, para fins de demonstração da regularidade fiscal aludida no inciso III, do artigo 29 da Lei Federal número 8.666/93, a apresentação de certidão negativa relativa a quitação de tributos federais, uma vez que o artigo 62 do Decreto número 147/67 - Lei Orgânica da Procuradoria da Fazenda Nacional, estabelece:

> **"Em todos os casos em que a lei exigir a apresentação de provas de quitação de tributos federais, incluir-se-á, obrigatoriamente, dentre aqueles, a certidão negativa de inscrição de dívida ativa da União, fornecida pela Procuradoria da Fazenda Nacional competente."**

Essa comprovação deveria ter ser exigida na data da homologação, na data da assinatura do contrato e atualizada por todo período que vigorar o contrato e seus termos aditivos, eis que a prova de regularidade perante a Fazenda, Previdência Social e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é exigível em todas licitações, inclusive nos casos de dispensa e inexigência.

A demonstração da referida regularidade, nos termos da lei, não se restringe e se exaure na simples exigência e demonstração por ocasião do procedimento pré-contratual ou mesmo quando da celebração do contrato, devendo tal condição ser mantida durante a vigência da relação contratual.

Aliás, isto está previsto no inciso XIII, do artigo 55, da Lei Federal número 8.666/93, que dispõe:

> **"A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação."**

Também deve-se levar em conta, para a constante exigência de certidões atualizadas, o curto prazo de validade das mesmas, seis meses e, os procedimentos licitatórios, geralmente, superam o prazo de suas validades.

Portanto, entendo que o **INÍCIO DE PROVA** implícito no memorando interno da Receita Federal, que serviu de subsídio à denúncia formulada pelo Vereador Dalmo Pessoa junto ao Ministério Público do Estado de São Paulo, apenas abriu caminho para que os Órgãos Técnicos desta Corte de Contas revissem contratos já julgados e observassem com relação as contratações por licitação que:

> **"Quando da assinatura de contratos decorrentes de licitação, conforme demonstrado no quadro de folha 60, somente encontramos a Certidão**

Negativa de Débitos - CND expedida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS juntada ao PA 09.000.195.95-08 (Contrato 16/L/95). Não localizamos nesses processos nenhuma outra certidão que comprovasse a regularidade fiscal da Enterpa, na ocasião da assinatura dos contratos e termos aditivos, uma vez que, na maior parte das vezes, as certidões exigidas na licitação encontravam-se vencidas."

E, nas contratações por emergência que:

"Nos contratos emergenciais números 23/L/95 (PA 09.000.355.9582 e 24/L/95 (PA 09.000.356.95-45) somente a Certidão Negativa de Débitos - CND expedida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS foi apresentada, tanto no momento da assinatura dos contratos quanto no dos termos aditivos, não sendo localizado nenhum outro documento comprobatório da regularidade fiscal da Enterpa Engenharia Ltda."

Isto posto, **CONHEÇO** da Auditoria Especial realizada e **VOTO** no sentido da **IRREGULARIDADE** do procedimento da Administração, pois entendo que a Representação formulada pelo Vereador Dalmo Pessoa serviu para que os Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, pudessem apontar inúmeras ilegalidades.

Portanto, determino que se oficie:

1. À Origem, com remessa de cópia do presente julgado;

2. Ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em resposta ao Ofício número 3.160/97/PJC-CAP, com remessa de cópia do presente julgado;

3. Ao Vereador Dalmo Pessoa, em resposta a sua Representação datada de 29/06/95.

É o meu voto.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de julho de 2000.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

(notas taquigráficas)

O SR. PRESIDENTE - O Conselheiro Roberto Braguim tem 8 processos, com vistas que lhe foram concedidas.

O primeiro é o TC 6.524.97-00, em fase de votação. Votou o relator Conselheiro Antonio Carlos Caruso, no sentido de considerar regular o procedimento adotado pela Administração, para aferir a regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda., determinando encaminhamento de cópia de inteiro teor dos autos à Promotoria de Justiça e Cidadania da Capital, com posterior arquivamento do processado. O Conselheiro Eurípedes Sales acompanhou, na íntegra, o voto do relator. O Conselheiro Edson Simões,

nos termos do voto apresentado em separado, conheceu da auditoria especial realizada e, tendo em vista as inúmeras ilegalidades apontadas pelos órgãos técnicos desta Corte, considerou irregular o procedimento da Administração, determinando-se que se oficie à Origem, com remessa de cópia do julgado; ao Ministério Público, em resposta ao ofício já por ele enviado e ao nobre Vereador Dalmo Pessoa, em resposta a sua representação. Voto agora a ser colhido do Conselheiro Roberto Braguim, que tem a palavra.

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Sr. Presidente, há uma curiosidade nestes autos. Eu, preliminarmente, passarei à prolação do meu voto, que é no sentido de acompanhar o voto do Conselheiro Edson Simões e empatar, portanto, a votação. Todavia, eu colhi da análise dos autos, Sr. Presidente, que Vossa Excelência, eu fui o quinto a votar e Vossa Excelência será o sexto a votar, para desempatar esse processo, que, lamentavelmente, ocorreu uma falha de cunho processual na não observância do Regimento, mormente do parágrafo 2º do artigo 32, haja vista que o nobre Conselheiro substituto Nelson Shimabukuro já havia adiantado o voto, quanto ao mérito, na ausência do Conselheiro Antonio Carlos Caruso, quando, por proposta do Conselheiro Edson Simões, o presente foi convertido em diligência. Retornando da diligência, o nobre Conselheiro Antonio Carlos Caruso já tendo reassumido a sua cadeira, referendou, proferiu o voto, ratificando o mesmo voto do Conselheiro Nelson Shimabukuro.

De modo que, quer me parecer Sr. Presidente, que o nobre Conselheiro Antonio Carlos Caruso, estaria por força do contido no parágrafo 2º do artigo 32, impedido de votar, haja vista que o Conselheiro substituto já havia antecipado o voto. Isto posto, parece-me, como eu sou o quinto, Vossa Excelência será o sexto, quer me parecer que seria de bom alvitre, processualmente falando, Vossa Excelência mandar desentranhar os autos, o voto do nobre Conselheiro Caruso e Vossa Excelência então seria o quinto a proferir o voto.

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Sem problema, Sr. Presidente.

O SR.PRESIDENTE - O Conselheiro já colaborando, como sempre, já está retirando seu voto, prevalecendo o voto então do Conselheiro substituto Nelson Shimabukuro, não é isto?

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Sr. Presidente, eu quero levantar uma questão de ordem.

O SR.PRESIDENTE - Tem a palavra.

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Eu acho que esse assunto aqui, nós temos que tratar dele numa reunião do Conselho, porque algumas coisas ficam no ar. No momento em que eu converto um julgamento em diligência, eu reabro a discussão. Primeiro. Segundo, aqui existe um expediente que foi votado pelo Tribunal dizendo que o Conselheiro substituto vota e depois quando vem o Conselheiro...isso eu levantei numa sessão aqui...

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Levantou e eu concordei com Vossa Excelência...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Na outra sessão, quer dizer então, e quando vem o Conselheiro substituto, ele vota como se ele fosse o primeiro e depois assume o Conselheiro titular, ele vota como...mas nós teríamos que colocar um ponto final nisto, sob

pena de nós termos essas questões de 6 votos com cinco Conselheiros e que a gente não consegue explicar.

O SR.PRESIDENTE - A Presidência se rende aos argumentos dos nobres Colegas, mas o ponto de vista pessoal do Presidente, que será submetido posteriormente, é de que os votos proferidos continuam mantidos. Eles serão alterados posteriormente, se a diligência assim demonstrar a esses mesmos relatores dos votos que realmente a diligência alterou o curso do processo.

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Sr. Presidente, em primeiro lugar, esse adiantamento de voto é uma invenção que eu não conheço em lugar nenhum. O Tribunal de Justiça não adianta voto, não existe voto adiantado.

O SR.PRESIDENTE - Não é adiantamento...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - ...não, de adiantar como disse o nobre Conselheiro Roberto Braguim, que o Conselheiro Nelson Shimabukuro teria adiantado o voto...

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Não, não é bem adiantado. O nobre Conselheiro Shimabukuro havia terminado seu relatório e nós, eu acho que talvez nós tenhamos cometido a impropriedade e por isso o Regimento merece revisão, porque é uma questão e eu corroborei a tese do nobre Conselheiro Eurípedes Sales, porque o Regimento, quer me parecer, ele contem uma falha nesse ponto, porque pelo princípio da vinculação, aquele Juiz que iniciou a instrução, colheu a prova, fez o relatório, ele está obrigado a proferir a sentença, está aqui o nosso professor processualista, para ratificar ou não essa postura e o nosso Regimento, ele trilha em outro sentido. Então, Sr. Presidente, a falha também ocorreu porque, quer me parecer que o pedido de conversão de diligência ele deva ser aprovado apenas e tão somente ainda quando se discuta a preliminar e não quando esteja já se discutindo o mérito. Então, veja...

O SR.PRESIDENTE - ...ou até na votação.

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - ou até no relatório, vamos deixar claro, seria somente até a fase de discussão. Superada a fase de discussão, nós processualmente agimos mal, agimos erradamente, erroneamente.

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Vossa Excelência me concede um pequeno aparte?

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Só para complementar, porque o nobre Conselheiro Shimabukuro já havia permitido juízo sobre o mérito e nós voltamos atrás, aí criamos esta celeuma toda...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Mas a minha questão é essa, só que o juízo dele só vai valer depois de proclamado o resultado, porque pode ser, por exemplo, só imaginando por hipótese, que fique empatado dois a dois, ai quando o nobre Conselheiro Walter Abrahão venha a proclamar o resultado, dando seu voto, eu falo, por uma questão de ordem, Sr. Presidente, eu quero acompanhar o voto do relator, portanto, ficou a corrente vencedora. Ele vai dizer, então, eu tenho que declarar o resultado da votação que ficou assim, 3 votos a favor e dois contra, aliás, 3 votos a favor e 1 contra, logo não tenho mais que votar.

Então, antes de declarado o resultado da votação, não existe voto e nós temos costume de adiantar o voto que não existe, esse voto só vai existir depois de declarado. Antes de declarado não existe. O que existe foi o que Vossa Excelência disse, um adiantamento de posição, que não pode ser considerado voto ainda.

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Não, mas eu quero colaborar, nobre Conselheiro Eurípedes Sales, com o entendimento do nobre Conselheiro Roberto Braguim, depois que foi emanado um voto, você não pode pedir diligência.

O SR.PRESIDENTE - Eu acho que, vejam bem, nós estamos já com um anteprojeto do Regimento Interno em mãos dos Srs. Conselheiros, eu acho que esse caminho que é sugerido pelo Conselheiro Braguim, de apenas pedir diligência na fase de discussão resolve todos os problemas, mesmo porque imagine Conselheiro Eurípedes Sales, só uma colocação, que a diligência viesse a provar ao relator substituto, no caso o Conselheiro Nelson Shimabukuro, que ele devesse refazer o seu voto, mas já não está mais presente e o Conselheiro titular não poderia refazer o voto.

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Sr. Presidente, deixa eu colocar outra coisa, Sr. Presidente. Muitas vezes, a gente tem, eu tenho a minha posição, mas quando eu ouço o voto de outro, não, aí surge a idéia de fazer uma diligência, aconteceu hoje num processo que estava na fase de votação, que o nobre Conselheiro Roberto Braguim fez uma colocação, que a colocação que ele fez, pareceu a todos nós, tanto é verdade que foi deferida a diligência, quer dizer, mas no momento em que traz a diligência, desaparece aquele adiantamento de posição, desaparece por que? Lógico, você vai fazer uma diligência que ele tem dúvida, se eu acho que a dúvida dele procede e se os demais acham que a dúvida dele procede, lógico que pode mudar todo o resultado da votação

O SR.PRESIDENTE - Então, no entender de Vossa Excelência, os votos proferidos poderiam discordar da proposta de diligência.

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - No entender do nobre Conselheiro Eurípedes Sales, nós vamos ter uma reunião para isso, Sr. Presidente e eu solicito que nós continuemos a Sessão e vou fazer uma solicitação a Vossa Excelência. No caso da prolatação do voto do nobre Conselheiro Edson Simões, que ele terminou de relatar agora anteriormente, aquele refazimento de pinturas, Vossa Excelência programou da seguinte forma, pelo que eu entendí, que ele não acolheu como nós não acolhemos o recurso de SPTrans. Que ele acolhia o recurso da terceira prejudicada, certo? Depois Vossa Excelência colocou as demais situações ficam...

O SR.PRESIDENTE - Prejudicada.

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Por dois votos prejudicada, mas não é o caso, porque ele determina também ali o refazimento, então quando ele determina o refazimento, também ele está concordando com nosso voto, por 3 votos, ele somente divergiu quanto ao prazo, que eu entendi estipulado 120 dias, no meu relatório, no que o nobre Conselheiro Eurípedes Sales concordou, e ele divergiu para 60 dias.

O SR.PRESIDENTE - Parece também que na questão do produto, Conselheiro...

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Não, na questão do produto, ele também determinou a escolha, falou que não importava a marca, ele determinou a escolha. Então, eu gostaria que Vossa Excelência...

O SR.CONSº EDSON SIMÕES - ...desde que tivesse a garantia...

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - É, refizesse isso, desde que houvesse a garantia.

O SR.PRESIDENTE - A Presidência vai cuidar de fazer uma síntese dos votos e traduzir a verdade na pauta da próxima semana, está certo?

O SR.CONSº EDSON SIMÕES - Perfeito.

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - E da mesma forma ele...

O SR.PRESIDENTE - Claro, ele acompanhou...

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - ...ele tirou como nós retiramos...a imputação que foi ...

O SR.PRESIDENTE - Há uma divergência na questão do tempo, não é?

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Só no prazo.

O SR.PRESIDENTE - Claro, com prazer. Então, Conselheiro Roberto Braguim. Vossa Excelência vai proferir o voto ou aguarda então...

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Eu já proferi o voto, Sr. Presidente, acompanhando o Conselheiro Edson Simões. Vossa Excelência será o 6º a desempatar.

O SR.PRESIDENTE - O Conselheiro Caruso retira o voto dele...

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Retiro, retiro...

O SR.PRESIDENTE - ...e permenece então o voto do Conselheiro Nelson Shimabukuro, é isso?

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Exato.

O SR.PRESIDENTE - Muito bem, então os autos são avocados pela Presidência para decisão ...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Seria conveniente que Vossa Excelência aclarasse essa questão preliminar no voto, de modo exaustivo até, para definir, através do voto de Vossa Excelência, essa situação, a presença de um Conselheiro a mais, eventualmente em razão do Regimento Interno nosso.

O SR.PRESIDENTE - É, já não há mais porque o Conselheiro Caruso retirou o voto, então fica novamente com quatro.

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Seria a oportunidade de uniformizar o entendimento e mais, fazer uma modificação no Regimento também, a fim de que desaparecesse o contido no parágrafo 2º.

O SR.PRESIDENTE - É, o que ocorre é que o Conselheiro Eurípedes acompanhou o Conselheiro Caruso, integralmente...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - pois é, pois é...

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - Então tem que ratificar o voto dele agora, acompanhando o Conselheiro Shimabukuro...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Não, eu acompanho o Conselheiro Caruso, não acompanho o Conselheiro Shimabukuro.

O SR.PRESIDENTE - Exatamente, está aqui.

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - E o Conselheiro Caruso simplesmente referendou os votos do Conselheiro ...

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Mas eu estou acompanhando o Conselheiro Caruso...

O SR.CONSº ROBERTO BRAGUIM - É personalíssimo...

O SR.CONSº ANTONIO CARLOS CARUSO - Então, terminada a Sessão, o Conselheiro Eurípedes Sales me acompanha, Sr. Presidente.

(risos)

O SR.PRESIDENTE - Não, eu diria o seguinte, Vossa Excelência acompanhou o Conselheiro relator.

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Não, o Conselheiro Caruso acompanhei, o voto do Conselheiro Caruso...

O SR.PRESIDENTE - Vamos avocar os autos, estaremos estudando com os próprios Conselheiros, está bem?

O SR.CONSº EURÍPEDES SALES - Não, mas se não for assim, nós não vamos estudar essa questão que já faz tempo que eu tenho levantado essa questão.

O SR.PRESIDENTE - Mas eu acho essa discussão ótima.

(voto de desempate)

EGRÉGIO PLENÁRIO

Compete a esta Presidência proferir voto de desempate quanto ao mérito, e elucidar a questão da prevalência ou não de voto já manifestado pelo Senhor Conselheiro Relator, quando vem a ser acolhida pelos demais Conselheiros, na fase de votação, a preliminar de conversão do julgamento em diligência, reabrindo-se, de conseguinte, a instrução do feito, tal como ocorreu nestes autos.

A matéria objeto da preliminar, já levantada pelo Senhor Conselheiro EURÍPEDES SALES na Sessão Ordinária de nº 1.932, foi objeto de destaque que, autuado, veio a constituir o TC nº 4.878.00*60, encaminhado ao Grupo de Trabalho incumbido da Alteração do Regimento Interno, a fim de que fossem realizados os estudos necessários ao aclaramento do disposto nos artigos 107 e 108 do Regimento Interno desta Corte.

Cumpre-me registrar, ainda, que, nesse ínterim, o Sr. Conselheiro Antonio Carlos Caruso encaminhou à Presidência proposta de Resolução alterando artigo do Regimento Interno, estipulando a perda da Relatoria, se o Relator for voto vencido, quanto à preliminar de conversão do julgamento em diligência, passando a Relatoria ao Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora (artigo 115, Parágrafo único).

A matéria guarda estreita relação com a que se analisa nestes autos, e já foi objeto de deliberação, em sentido contrário, por parte deste Egrégio Plenário na Sessão Ordinária de nº 1.887 (TC nº 2.540.95*44) e está ensejando novos estudos pelo referido Grupo de Trabalho que, oportunamente, serão comunicados aos Senhores Conselheiros.

Solicitada a oitiva do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria nº 534/97, tendo por objeto a atualização do Regimento Interno, manifestou-se a Dra. Magadar R.C. Briguet – que se reportou ao parecer, juntado aos autos por cópia, da Dra. Eveni Longo no TC nº 72.003.524.97*95 – a Chefia da AT-Jurídica e, por derradeiro, o Sr. Secretário-Diretor Geral, na qualidade de Coordenador do referido Grupo de Trabalho, concordando com o entendimento ali sustentado.

Tal entendimento é alcançado por via da aplicação analógica do disposto no artigo 448, em especial §§ 8º e 9º, do Regimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que disciplinam:

> *"Art. 448 -.....*
> *§ 8º - Se não houver pedido de adiamento, o Presidente declarará encerrada a discussão e passará a colher os votos restantes; se, ao proferir o voto, algum desembargador aduzir qualquer fundamentação nova, o presidente reabrirá a discussão.*
>
> *§ 9º - Reiniciado o julgamento, será dada a palavra ao juiz que pediu o adiamento,* ***seguindo-se a tomada dos votos anteriormente proferidos, a começar pelo do relator****; se algum desembargador modificar seu voto, será reaberta a discussão, após a qual se reiniciará a votação".*

Dá-se, portanto, a reabertura da instrução dos autos, quando convertido o julgamento em diligência, por maioria, ainda que não aceita pelo Relator.

A conseqüência da conversão em diligência é que o voto ou os votos já prolatados – quer por Conselheiro titular, quer por Substituto – restam insubsistentes ou prejudicados, extinguindo-se, pela vontade soberana do Plenário, a fase de votação em que o feito se encontrava, retornando a matéria à fase de discussão e oportunamente, serão os Conselheiros conclamados a declarar seus votos, inclusive o Relator, após os novos elementos trazidos aos autos.

Assim, acompanhando o entendimento alcançado no TC nº 72.004.878.00*60, o voto proferido pelo Conselheiro Substituto Nelson Shimabukuro na S.O. de nº 1.872, restou prejudicado, diante da conversão em diligência, aprovada por maioria do Plenário, naquela mesma Sessão.

De conseguinte, após realizada a diligência, retornando os autos à Pauta na S.O. de nº 1.931, impunha-se a prolação do voto pelo Sr. Conselheiro Relator Antonio Carlos Caruso isto porque o voto anteriormente prolatado não subsistiria mesmo, com a reabertura da instrução, independentemente de proferido por Conselheiro Substituto ou Titular, que necessariamente, teria que renová-lo, confirmando-o ou alterando-o.

A matéria, tal como tratada no Anteprojeto do novo Regimento Interno, está, no meu entendimento ainda, a merecer algum aperfeiçoamento, de molde a restar plenamente elucidada.

A par desta questão preliminar, cabe à Presidência proferir o voto de desempate, quanto ao resultado da Auditoria realizada, a partir de requerimento da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, no sentido de que este Tribunal de Contas aferisse a regularidade fiscal da empresa "ENTERPA ENGENHARIA LTDA.", nos contratos de prestação de serviços celebrados com a Prefeitura, posto que, consoante denúncia do Vereador Dalmo Pessoa, haveria notícia de débitos daquela empresa para com a Fazenda Federal, bem como com a Fazenda Municipal, esta no que se refere ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Assim é que, analisados os elementos constantes dos autos, inclusive a complementação objeto da diligência determinada.

VOTO, acompanhando o Conselheiro Relator ANTONIO CARLOS CARUSO – e o Revisor, Conselheiro EURÍPEDES SALES – que adotaram, como razão de decidir, a manifestação da Secretaria Diretoria Geral, no sentido do regular procedimento da Administração, quando da aferição da regularidade fiscal da empresa 'ENTERPA ENGENHARIA LTDA.", relativamente aos contratos referenciados na inicial, restando assim decidida a matéria, por maioria de votos, por este Egrégio Plenário, inclusive no que se refere às determinações propostas, do envio de cópias de inteiro teor dos autos à Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital e posterior arquivamento.

PLENÁRIO CONSELHEIRO PAULO PLANET BUARQUE, 30 DE AGOSTO DE 2.000.

WALTER ABRAHÃO
PRESIDENTE

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.006.524.97-00, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Presidente WALTER ABRAHÃO, após terem sido avocados na 1.934ª S.O., quando votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, acompanhando o voto do Conselheiro EDSON SIMÕES, proferido na 1.932ª S.O., com votos anteriormente proferidos, na 1.931ª S.O., pelos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator e EURÍPEDES SALES - Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, EURÍPEDES SALES - Revisor, votando o Conselheiro Presidente WALTER ABRAHÃO para efeito de desempate, nos termos do artigo 20, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, considerar regular o procedimento adotado pela Administração para aferir a regularidade fiscal da empresa Enterpa Engenharia Ltda., determinando o encaminhamento de cópia do inteiro teor dos autos à Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, com posterior arquivamento do processado.

Vencidos o Conselheiro EDSON SIMÕES, nos termos do voto apresentado em separado, e ROBERTO BRAGUIM.

Participaram do julgamento o Conselheiro EURÍPEDES SALES - Revisor, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO - Revisor, sem direito a voto nos termos do parágrafo 2º do artigo 32 do Regimento Interno desta Corte.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de agosto de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente, com voto

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator