TC nº 1.048/2009

2º Julgado

RECURSO. PFM. Decisão que conheceu da inspeção para reconhecer a veracidade das denúncias e determinou a formação de duas comissões para o fim de planejar as aquisições de instrumentos no futuro e aprofundar as investigações feitas. Fornecimento de instrumentos musicais. Teatro Municipal. SMC. Existe apuração em PROCED visando estabelecer a responsabilidade dos servidores. 1. O dever de contratação é obrigação natural a todo ente público e seus servidores. Desnecessária a criação de comissão para fazer cumprir disposições ordinárias da lei de licitações. CONHECIDO. PROVIDO PARCIALMENTE para afastar a necessidade de criação de comissões. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 1.490/2009, 1.489/2009, 1.485/2009, 1.497/2009, 1.499/2009 e 1.048/2009.

3.035ª Sessão Ordinária

1º Julgado

INSPEÇÃO. SMC. PREGÃO. Aquisição de instrumentos musicais. Supostas irregularidades. Teatro Municipal. CONHECIDA. Votação unânime.

2.491ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Processo julgado em bloco, ora em grau de recurso, nos termos da Resolução 6/2017 desta Corte, do qual 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 conhecer do recurso interposto, pois foram preenchidos os requisitos

regimentais de admissibilidade, e, quanto ao mérito, em dar-lhe provimento parcial para afastar a necessidade de criação de comissões.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia deste Acórdão à Origem, para conhecimento.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de maio de 2019.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata-se de análise de recursos interpostos contra o V. Acórdão que conheceu do Agravo Regimental retido oposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal e negou-lhe provimento. E, ainda, à unanimidade, em julgar irregular a contratação direta e as contratações realizadas por meio de processo de licitação.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle identificou quatro processos administrativos referentes às aquisições. Três relativos à compra por meio de licitações e um último relacionado a uma contratação direta. Foi adquirido um total de 18 (dezoito) itens.

O TC 1.490/2009 analisa o Pregão 68/2006 e da contratação da empresa Esther Rodrigues Alonso Faria – Micro Empresa, no valor de R$ 145.300,00 (cento e quarenta e cinco mil e trezentos reais).

O TC 1.489/2009 trata da análise da segunda contratação realizada pelo Pregão 68/2006, com a empresa Lazio Comércio, Representações e Serviços Limitada, no valor de R$ 22.980,00 (vinte e dois mil e novecentos e oitenta reais).

O TC 1.499/2009 analisa o Pregão 2/2007, que originou a contratação da empresa Leônidas Junior de Souza Faria – ME, no valor de R$ 226.779,00 (duzentos e vinte e seis mil, setecentos e setenta e nove reais).

Por fim, o TC 1.048/2009 trata-se de uma auditoria para apurar a denúncia publicada em jornais referente à aquisição de instrumentos musicais pelo Teatro Municipal.

Em todos os procedimentos foram analisados a execução contábil das Notas de Empenho de referência às contratações.

Conforme destacado pelo ínclito relator à época, os instrumentos musicais não eram obtidos, sendo doados como forma de compensação pela utilização do espaço público.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou irregularidades em todas as aquisições acima citadas, a seguir disposto em relação a cada processo em pauta:

TC 1.490/2009: (objeto Pregão 68/SMC/2006)

"Não identificamos nos autos justificativas ou motivação que revelasse a real necessidade de aquisição de tais instrumentos, em infringência ao inciso I, artigo 2º do Decreto Municipal 44.279/03 e ao princípio da motivação (item 12.1)

1. Pesquisa de preços se encontra prejudicada, infringindo o parágrafo 2º, inciso II, do artigo 7º, da Lei Federal 8.666/93 e o inciso VI, do artigo 2º do Decreto Municipal 44.279/03. (item 12.4);

2. Não existia a qualificação técnica. Por trata-se de fornecimento de instrumentos musicais para orquestra a empresa deveria ter experiência comprovada no ramo, infringindo o inciso II, do artigo 27 e ao artigo 30, ambos da Lei Federal 8.666/93. (item 12.12);

3. Desclassificação das propostas não se encontra esclarecida e os preços declarados vencedores não estão justificados, infringindo o inciso V, do artigo 43 e o artigo 45, caput, ambos da Lei Federal 8.666/93 e o princípio da motivação (Itens 12.9 e 12.22)."

Quanto ao acompanhamento da Execução contábil da Nota de Empenho 101.810, decorrente do Pregão 68/SMC/2006:

"Entendemos que por não constar dos autos declaração ou atestado de recebimento emitido por profissional especialista na área musical, não há

como confirmar que os produtos entregues correspondem aos licitados, bem como a análise da contratação foi considerada irregular.

Acrescemos que, o fato do ocupante do cargo de "arquivista musical" do Teatro Municipal ter ligação com a empresa contratada, em nosso entendimento, afeta o princípio da moralidade administrativa e desqualifica o procedimento licitatório, pois este tinha livre acesso às instalações e estrutura da Secretaria Municipal da Cultura e do Teatro Municipal, podendo levar vantagem em relação a outros licitantes, o que afeta também o princípio da impessoalidade, infringindo assim, o artigo 37 da Constituição Federal."

Foram oficiadas a Diretora Administrativa, Sra. Lúcia Augusta de Oliveira, e a pregoeira, Sra. Beatriz Ribeiro de Moraes, Sr. Carlos Augusto Calil e as defesas apresentadas foram acostadas aos autos e analisadas pela Auditoria.

A Auditoria manteve todo o posicionamento inaugural sendo seguido pela Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 288/293) emitiu parecer destacando a necessidade de nova intimação da Origem para apresentar o resultado da apuração atinente ao processo aberto por PROCED.

Em decisão singular de folhas 294 o ínclito Relator à época entendeu pelo indeferimento do pedido, ante a informação do processo se encontrar ainda em instrução, destacando a preservação do contraditório com nova intimação a Origem para apresentação de manifestação.

A PFM inconformada com a decisão interpôs Agravo retido para servir de apoio ante a propositura de eventual interposição de peça recursal, contra decisão colegiada.

Em julgamento proferido por este Egrégio Plenário na sessão ordinária 2.491, foi decidido, por unanimidade, negar provimento ao Agravo Retido e julgar o irregular o Pregão 68/SMC/2006 e a Nota de Empenho 101.810/2006, bem como sua execução contábil, tendo em vista as seguintes irregularidades:

1. *"Participação de servidor, funcionário do próprio Teatro Municipal, no certame e a contratação de empresa de propriedade do mesmo funcionário, violando a vedação expressa contida no inciso III do artigo 9º da Lei Federal 8.666/93.*

2. Falta de capacidade funcional do responsável Senhor Clésio André de Melo pelas aquisições do teatro.

3. Aquisições realizadas por preços superfaturados, restando manifesta a violação aos princípios da vantajosidade e da economicidade e ao inciso V do artigo 15 da Lei Federal 8.666/93.

4. Fracionamento da licitação por meio de contratação direta, por ter sido celebrada a menos de trinta dias do certame que lhe antecedeu, restando evidente a infração ao inciso IV do artigo 15 do Estatuto das Licitações.

5. Ausência de justificativa para a aquisição dos instrumentos com dispensa de licitação, infringindo o disposto no inciso I do parágrafo único do artigo 26 da Lei de Licitação.

6. Falta de determinação da taxa cambial, nos preços em moeda estrangeira, ausência de tradução das cotações apresentadas em língua estrangeira e inexistência de referência aos termos aplicáveis à entrega nas cotações de bens importados, o que viola o disposto no artigo 5º da Lei Federal 8.666/93.

7. Ausência de publicação da Nota de Empenho 101.810/2006 no site da Municipalidade, contrariando o artigo 1º da Lei Municipal 13.226, de 2001, e o princípio constitucional da publicidade.

Decidiram, ainda, em aplicar multa a cada um dos responsáveis identificados nos autos e determinações de emissão de ofícios. (...)

Acordam, afinal, à unanimidade, consoante proposta do Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, em apresentar ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, Gilberto Kassab, sugestão de declaração de inidoneidade das empresas participantes, proibindo, assim, a contratação das mesmas nos termos da lei."

A Empresa não foi intimada durante a fase de instrução processual.

A Procuradoria da Fazenda Municipal interpôs recurso contra a decisão colegiada firmando, dentre outros, os seguintes argumentos: o conhecimento e acolhimento do Agravo Retido; o procedimento disciplinar encontra-se em fase de instrução e ainda não houve notícia sobre o envolvimento doloso das partes; cumprimento dos procedimentos legais, inclusive com a determinação da Origem quanto a abertura de processo disciplinar; necessidade de individualização da conduta de cada um dos indicados; presunção de boa-fé; a determinação para formar comissões deve ser enviada como recomendação ante a falta de legalidade e quanto a Comissão para apurar a investigação a Origem já possui o departamento de PROCED.

A Procuradora do Município Beatriz Ribeiro de Moraes, apresentou sua peça de bloqueio sob os seguintes argumentos: que as atribuições da

Procuradora do Município foram praticadas no exercício regular de suas atribuições, merecendo o patrocínio da instituição; que foi condenada em razão do exercício de pregoeira no âmbito dos pregões 68/06 e 24/07, apurados nos processos TC 1.490/2009, 1.489/2009, com a condenação pecuniária; violação ao princípio do devido processo legal; inexistência de imputação individualizada da pena; inexistência de contraditório e ampla defesa, uma vez que não houve a indicação sobre quais fatos recairiam sobre a recorrente; o pregoeiro detém atribuições relacionadas a fase externa do certame; as empresas contratadas nos certames de que participou não são as do funcionário do Teatro Municipal; os indícios entre os vencedores e o funcionário não poderiam ser de conhecimento da pregoeira, uma vez que caso existiu algum conluio ou tratativa não seria capaz de conhecimento e não lhe imputa qualquer responsabilidade; o Senhor Leônidas não ocupava qualquer cargo dentro do funcionalismo; o Senhor Clésio André de Melo não participou do pregão 68/06; a pesquisa de preços é realizadas pelos servidores lotados na área de compras e contratos do Departamento, não cabendo a recorrente conhecimento técnico específico dos objetos contratados; o instrumento glockenspiel não foi contratado porque a pregoeira exigiu um preço compatível com o pesquisado; tratou-se de aquisição de equipamentos nacionalizados, sem a necessidade de determinação cambial; quanto a ausência de publicação das notas de empenho, não era de sua atribuição; não tem ingerência sobre o recebimento da mercadoria; não lhe cabia justificar a necessidade da compra; multa em grau máximo foi desproporcional, lhe atribuindo a mesma condição, sendo que sua participação foi restrita a atuação de pregoeira; pediu a nulidade do acórdão por violação ao princípio do devido processo legal; legalidade do procedimento licitatório; inexistência de culpa da recorrente; retirada a pena de multa.

A recorrente Lúcia Augusta de Oliveira destacou em sua peça de recurso: a ausência de individualização da pena – necessidade de demonstrar os fatos isolados, uma vez que possui anos de dedicação ao serviço público e não constituiu nenhuma fortuna; os requisitos para aplicação da pena são que o apenado deve ser o autor da infração e a pena deve ser dosada de acordo com a responsabilidade do autor pela infração; o acórdão recorrido não distinguiu as condutas de cada um dos responsáveis; a pesquisa de preço observou os procedimentos legais; a divisão da licitação não afetou a competitividade ou o fato de trazer economicidade à compra, ante a peculiaridade do objeto, ainda permitiu a aquisição com fornecedores diferentes; nenhuma proposta ou pagamento foi efetuado em moeda estrangeira e não houve importação direta de bens; dentre outros.

O Secretário Municipal de Cultura à época, Sr. Carlos Eduardo Machado Calil, destacou, dentre outros: a ausência de individualização da pena; que o ordenador de despesas não responde quando o ato irregular resultar na identificação de outrem; violação ao devido processo legal pela supressão de instância do contraditório; os funcionários do Teatro Municipal responsáveis pela fase interna da licitação fizeram por ensejar as autoridades em erro; não se tratava de compra rotineira em que é possível a um administrador público conhecer de imediato sobre a margem de valores e condições de aquisição; o Sr. Leônidas Junior de Souza Faria não

ocupava cargo dentre do funcionalismo público, mas era contratado por natureza artística; não cabe ao novo gestor verificar a capacidade técnica de cada um dos funcionários assim que assume a Pasta, não podendo lhe imputar uma condenação pela falta de capacidade funcional do responsável Sr. Clésio André de Melo pelas aquisições do teatro; a própria Secretaria de Cultura que formou e inspecionou a compra e chegou à conclusão do superfaturamento; a Comissão de Averiguação Preliminar não pôde comprovar de forma cabal a inidoneidade ou a idoneidade da pesquisa que orientou o certame; o fracionamento permitiu a aquisição com outras empresas deferente daquelas sobre a qual pairava suspeita de superfaturamento de preços;

A Recorrente Beatriz Riberio de Moraes junta aos autos a manifestação da Assessoria Técnico-Jurídica da Secretaria de Negócios Jurídicos que concluiu pela inexistência de indícios de infração imputados, com destaque:

"Tenho para mim que para isso, preliminarmente deverá ser feita uma análise da participação da servidora Beatriz nos processos acima enumerados à luz do relatório apresentado pelo Tribunal de Contas do Município, demonstrando que as conclusões ali apontadas não se aplicam a ela, havendo, s.m.j. alguns erros na interpretação dos fatos por parte daquela Nobre Corte.

Desta forma temos que a servidora em questão participou efetivamente da instrução de três processos.

(...)

Entretanto, a servidora BEATRIZ, não teve ingerência nem nenhuma das contratações de Leônidas, nem com ele trabalhava, posto que o Gabinete da SMC ocupava geograficamente local diverso, localizado na Galeria Olido.

(...)

Com relação a tal fato o responsável pelo setor de pesquisas de preços do Teatro Municipal, e executor da pesquisa de mercado, quando é titular na Municipalidade apenas de um cargo base de Agente de Apoio, é fato que não pode ser imputado à servidora Beatriz, pois isso ocorria, é porque assim determinou a Superior Administração, e não ela, que não detinha poderes para dispor de outra maneira, mesmo na condição de pregoeira.

(...)

A contratação direta para a aquisição de Bumbo Sinfônico deu-se no processo administrativo 2006-0.033.487-4, sem a participação da servidora Beatriz, nem da Assessoria Jurídica do Gabinete de SMC, tendo sido encaminhado ao Gabinete de SMC, apenas para assinatura do Secretário Municipal de Cultura Substituto, às fl. 18 daquele PA, portanto, nenhuma responsabilidade pode ser imputada a ela sobre este fato.

(...)

Destarte, friso que, seria temerário imputar qualquer culpa à servidora baseado na prova de superfaturamento constante do quadro de fl. 96, elaborado pela Comissão de Apuração Preliminar da Secretaria Municipal de Cultura,

pois ela mesma fez a seguinte ressalva em nota de rodapé, quanto ao acréscimo de 100% (cem por cento) cobrado sobre o preço do instrumento importado em virtude dos encargos com a importação:

"A Comissão não tem elementos para afirmar que esse percentual esteja correto. Ele foi baseado nas informações dos representantes da Adams no Brasil e coincide com o que afirmavam vários depoentes."

A SFC acerca dos recursos apresentados no TC 1.499/2009 destacou:

"Analisando o Acórdão de fls. 287 e 288 verifica-se que apenas três irregularidades referem-se ao Pregão 02/SMC-TM/2007, à Nota de Empenho 101.104/2007 e respectiva Execução Contábil, da seguinte forma:

1) Participação de servidor, funcionário do próprio Teatro Municipal, no certame e a contratação de empresa de propriedade do mesmo funcionário, violando a vedação expressa contida no inciso III do artigo 9º da Lei Federal 8.666/93; (Execução Contábil e Pregão 02/SMC-TM/2007).

(...)

3) Aquisições realizadas por preços superfaturados, restando manifesta a violação aos princípios da vantajosidade e da economicidade e ao inciso V do artigo 15 da Lei Federal 8.666/93; (pertinente ao Pregão 02/SMC-TM/2007, mas com outra fundamentação legal).

(...).

7) Ausência da publicação da Nota de Empenho 101.104/2006 no "site" da Municipalidade, contrariando o artigo 1º da Lei Municipal 13.226, de 2001, e o princípio constitucional da publicidade." (Nota de Empenho 101.104/2007).

Assim, verifica-se que as demais irregularidades apontadas no Acórdão supracitado (itens 2, 4, 5 e 6) não são pertinentes ao presente processo. Prova disso, é que, nas defesas apresentadas, há clara menção de nulidade do V. Acórdão por cerceamento de defesa e falta de individualização da pena, dentre outros aspectos, da fl. 326 (defesa da Sra. Kátya Maria Rivero Moscardo), das fls. 500 a 507 (defesa do Sr. Carlos Augusto Machado Calil) e das fls. 519 a 526 (defesa da Sra. Isleyd Pereira Smarzaro).

À vista do exposto, no intuito de esclarecer a matéria tratada, sugerimos o saneamento dos autos para que o Acórdão englobe todas as irregularidades pertinentes a cada ajuste e nos autos do respectivo TC em que foi analisado, conforme Relatório e Voto do Exmo. Sr. Conselheiro Relator (fls. 272 a 286)."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo reconhecimento dos recursos e no mérito pelo não acolhimento do pedido referente a individualização da sanção; pelo acolhimento parcial da preliminar atinente à supressão do contraditório, mantendo a decisão quanto aos itens 01 e 07.

Por sua vez, a Secretaria Geral, quanto ao TC 1.499/2009 acompanhou o entendimento da AJCE quanto a preliminar e quanto ao mérito dos recursos. TC 1.489/2009.

As linhas recursais seguiram a mesma dinâmica do processo precedente, com análise das equipes técnicas apenas quanto ao objeto – aquisição de xilofones para o Teatro Municipal de São Paulo.

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle destacou:

"Analisando o Acórdão de fls. 177 e 178, verifica-se que apenas uma irregularidade refere-se à Nota de Empenho 101.811/2006 e a sua respectiva Execução Contábil:

"7) Ausência da publicação da Nota de Empenho 101.811/2006 no "site" da Municipalidade, contrariando o artigo 1º da Lei Municipal 13.226, de 2001, e o princípio constitucional da publicidade." (Nota de Empenho 101.811/2006).

Assim, verifica-se que as demais irregularidades apontadas no Acórdão supracitado (itens 1, 2, 3, 4, 5 e 6) não são pertinentes ao presente processo. Prova disso, é que, nas defesas apresentadas, há clara menção de nulidade do V. Acórdão por cerceamento de defesa e falta de individualização da pena, dentre outros aspectos, conforme consta das fls. 225 a 228 (defesa da Sra. Beatriz Ribeiro de Moraes), às fls. 259 a 266 (defesa da Sra. Lúcia Augusta de Oliveira) e às fls. 277 a 284 (defesa do Sr. Carlos Augusto Machado Calil).

À vista do exposto, no intuito de esclarecer a matéria tratada, sugerimos o saneamento dos autos para que o Acórdão englobe todas as irregularidades pertinentes a cada ajuste e nos autos do respectivo TC em que foi analisado, conforme Relatório e Voto do Exmo. Sr. Conselheiro Relator (fls. 162 a 176).

Caso Vossa Excelência entenda pertinente, os recursos interpostos poderão ser recebidos como embargos de declaração.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo afastou o entendimento de recebimento do recurso pela fungibilidade e pelo conhecimento dos recursos interpostos.

Quanto as preliminares arguidas, a AJCE opinou pelo não acolhimento daquela referente à ausência de individualização da sanção, já que tal matéria fora devidamente discutida por ocasião do julgamento do V. Acórdão ora afrontado; pelo acolhimento parcial da preliminar atinente à supressão do contraditório, em relação ao recurso do Sr. Secretário Carlos Augusto Machado Calil, para que seja reformulada a redação do V. Acórdão em comento, a fim de que sejam eliminados os itens não pertinentes ao presente TC, fato este que não implicaria em nulidade do V. Acórdão, haja vista que foi assegurado o pleno exercício do direito de defesa do recorrente supra, com relação ao item remanescente, de 07.

Já, no que tange ao cerceamento de defesa em relação às recorrentes Beatriz Ribeiro de Morais e Lúcia Augusta de Oliveira, a AJCE entendeu passíveis de acolhimento as preliminares, para o fim de que fossem anuladas as multas aplicadas.

A Procuradoria da Fazenda requereu o conhecimento e provimento dos recursos.

Por fim, a Secretaria Geral entendeu como a AJCE, conhecendo dos recursos, das preliminares, afastando a multa imposta a Sra. Beatriz Ribeiro de Moraes e Lúcia Augusta de Oliveira, e quanto ao mérito pela manutenção da decisão.

TC 1.499/2009 analisa o Pregão 2/2007, que originou a contratação da empresa Leônidas Junior de Souza Faria – ME, no valor de R$ 226.779,00 (duzentos e vinte e seis mil, setecentos e setenta e nove reais).

O objeto do presente foi a aquisição de duas caixas sinfônicas 5x14 em madeira, uma harpa 85 CG Concert Grand, um case para xilofone, um case para campanhas, dois jogos de teclado completo para xilofone, um jogo de campanhas glockenspiel, um contrabaixo de 5 cordas, dezoito bancos ergométricos para contrabaixo, cinco pianos, uma espineta e um piano digital.

A Auditoria analisou os recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 290/299), da Sra. Kátia Maria Rivero Moscardo (fls. 321/499), Sr. Carlos Augusto Machado Calil (fls. 500/518) e Sra. Isleyd Pereira Smarzo (fls. 519/538), quando apresentaram argumentos relativos às irregularidades de 1, 3, 7, atinentes às análises destes autos e constantes no Acórdão de fls. 287/288:

"1) Participação do servidor, funcionário do próprio Teatro Municipal, no certame e a contratação de empresa de propriedade do mesmo funcionário, violando a vedação expressa contida no inciso III do artigo 9º da Lei Federal 8.666/93;

3) aquisições realizadas por preços superfaturados, restando manifesta a violação aos princípios da vantajosidade e da economicidade e ao inciso V do artigo 15 da Lei Federal 8.666/93;

7) ausência de publicação da Nota de Empenho 101.104/2007 no site da Municipalidade, contrariando o artigo 1º da Lei Municipal 13.226, de 2001, e o princípio constitucional da publicidade.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos e quanto ao mérito opinou pelo não acolhimento daquele referente à ausência de individualização da sanção e manutenção da decisão quanto aos itens atinentes ao presente processo.

A Secretaria Geral na mesma linha de entendimento da AJCE opinou pelo conhecimento dos recursos e manutenção da decisão quanto aos itens de enfrentamento no presente procedimento.

TC 1.048/2009 – Auditoria para apurar a denúncia publicada nos jornais referente à aquisição de instrumentos musicais realizada pelo Teatro Municipal de São Paulo vinculado a Secretaria Municipal de Cultura.

Em sede recursal a Procuradoria da Fazenda Municipal destaca, em preliminar, a apreciação do Agravo Retido na forma do disposto no artigo 151, § 1º do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Quanto ao mérito destaca a necessidade de tornar insubsistente a determinação para a Secretaria Municipal de Cultura forme comissões; existe apuração em PROCED visando estabelecer a responsabilidade dos servidores; cerceamento de defesa ante o indeferimento da diligência solicitada; dentre outros.

A Secretaria Municipal de Cultura não apresentou recurso específico a este feito.

A Auditoria da Corte de Contas manifestou-se sobre o recurso interposto, restringindo-se a dois pontos:

a) *"ACORDAM, ademais, à unanimidade, em conhecer da inspeção realizada, uma vez que atendeu plenamente seu escopo e, com acuidade e pertinência apurou a veracidade das denúncias sobre as irregularidades cometidas no curso das aquisições de instrumentos musicais pelo Teatro Municipal de São Paulo, durante os exercícios de 2006 e 2007."*

(...).

Portanto, não há elemento novo capaz de alterar as irregularidades apontadas por esta Auditoria no Relatório de Inspeção.

b) "ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Cultura – SMC a formação de duas comissões: a primeira com o objetivo de planejar as aquisições de instrumentos no futuro, composta por profissionais da música, agentes públicos com prática em compras e contabilidade e um assessor jurídico; a segunda com o alvo de aprofundar as investigações feitas até o momento, composta por integrantes não envolvidos – quer direta ou indiretamente – com as aquisições ora examinadas, tendo em vista o envolvimento de funcionários da instituição nas irregularidades cometidas."

(...).

Diante de todo o exposto, as razões recursais apresentadas pela Procuradoria da Fazenda Municipal não trazem elementos novos capazes de alterar as constatações desta Auditoria consubstanciadas no Relatório de fls. 103 a 113, mantidas às fls. 166/167."

A Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral acompanharam o entendimento da Especializada.

Este é o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em julgamento os recursos interpostos contra o Venerando Acórdão que, à unanimidade, decidiu pela irregularidade da contratação direta e das contratações realizadas por meio de processo de licitação.

Preliminarmente, com fundamento no artigo 151 do Regimento Interno desta Corte de Contas, recebo o Agravo Regimental oposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal em sua peça recursal, uma vez que presente seus requisitos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, mantenho a decisão agravada, uma vez que nova intimação da origem, com a finalidade de obter o resultado da apuração promovida por PROCED, não teria o condão de alterar ou modificar a instrução processual.

Uma linha comum em todos os recursos interpostos foi justamente a necessidade de individualização da conduta dos envolvidos e a violação ao devido processo legal pela supressão de instância do contraditório.

Neste quesito importante separar os julgamentos dos processos e analisar as questões pertinentes a cada um dos casos, com as peculiaridades que lhe são inerentes.

TC 1.490/2009 – analisa o Pregão 68/2006 e a contratação da empresa Esther Rodrigues Alonso Faria – Micro Empresa, no valor de R$ 145.300,00 (cento e quarenta e cinco mil e trezentos reais).

O primeiro ponto de observação é que o V. Acórdão concluiu pela aquisição superfaturada e sugeriu a declaração de inidoneidade da empresa contratada, porém, não houve a intimação da empresa durante a fase de instrução e mesmo do teor do V. Acórdão, razão pela qual o dispositivo da condenação que a afeta deve ser declarado nulo.

Resta a análise dos recursos interpostos pela Pregoeira Beatriz Ribeiro de Moraes, Lúcia Augusta de Oliveira e Carlos Augusto Machado Calil. A Auditoria manifestou-se pela correlação temática dos recursos nos seguintes itens:

1) Participação de servidor, funcionário do próprio Teatro Municipal, no certame e na contratação de empresa de propriedade do mesmo funcionário.

6) Falta de determinação da taxa cambial, nos preços de moeda estrangeira, ausência de tradução das cotações apresentadas em língua estrangeira e inexistência de referência aos termos aplicáveis à entrega nas cotações de bens importados.

7) Ausência de publicação da Nota de Empenho 101.801/2006 no site da Municipalidade. Entendeu a especializada que a ausência de especificação da conduta acarretaria a nulidade do V. Acórdão quanto aos demais itens tratados na condenação, sugerindo o recebimento dos recursos como Embargos de Declaração, com a finalidade de solucionar a questão.

A AJCE, seguida pela Secretaria Geral, entendeu não ser possível a conversão do recurso ordinário em Embargos de Declaração e ponderou que a condenação deve se ater apenas aos itens 1 e 7, nos seguintes termos:

"Por outro lado, quanto à alegação de violação do devido processo legal pela supressão do contraditório pois os recorrentes não haveriam sido intimados para apresentar defesa quanto a parte das irregularidades constantes do V. Acórdão, não há que se negar que existem fundamentos do V. Acórdão que não são pertinentes ao presente TC, tais como os de número 2, 3, 4 e 5, razão pela qual opino pelo acolhimento parcial da preliminar para que seja reformulada a redação do V. Acórdão em comento, a fim de que sejam eliminados os itens mencionados."

Destarte, acompanho a Especializada Jurídica quanto à nulidade dos itens 2, 3, 4, 5 e 6 do V. Acórdão e passo a analisar as peças recursais de forma individual quanto aos itens 1, 6 e 7 da condenação.

Os Recursos de Beatriz Ribeiro de Moraes, de Lúcia Augusta de Oliveira e Carlos Augusto Machado Calil devem ser integralmente providos no presente processo.

Quanto ao primeiro item da condenação, conforme muito bem tratado na peça recursal, a empresa contratada foi a Ester Rodrigues Alonso Faria – ME e Lazio Comércio, Representação e Serviços Ltda., enquanto a irregularidade era atinente ao funcionário Leônidas Junior de Souza Faria, sócio da empresa Leônidas Junior de Souza Faria – ME.

Assim, não existe correlação entre a contratação de empresa ligada a suposto funcionário e a contratação realizada nos presentes autos.

Quanto à publicação da nota de empenho no site da Prefeitura, supero a irregularidade por não ser passível de impingir uma mácula de condenação ante a sua natureza formal. TC 1.489/2009 – trata da análise da segunda contratação realizada pelo Pregão 68/2006, com a empresa Lázio Comércio, Representações e Serviços Limitada, no valor de R$ 22.980,00 (vinte e dois mil e novecentos e oitenta reais).

Neste procedimento, as equipes de apoio consideraram nulos os itens 1, 2, 3, 4, 5 e 6, restando para análise o item 7 atinente a falta de publicação do contrato no sítio da Prefeitura.

Sob o mesmo fundamento anterior, dou provimento integral aos recursos de Beatriz Ribeiro de Moraes, de Lúcia Augusta de Oliveira e Carlos Augusto Machado Calil.

TC 1.499/2009 – analisa o Pregão 2/2007, que originou a contratação da empresa Leônidas Junior de Souza Faria – ME, no valor de R$ 226.779,00 (duzentos e vinte e seis mil, setecentos e setenta e nove reais).

O objeto do presente foi a aquisição de duas caixas sinfônicas 5x14 em madeira, uma harpa 85 CG Concert Grand, um case para xilofone, um case para campanhas, dois jogos de teclado completo para xilofone, um jogo de campanhas glockenspiel, um contrabaixo de 5 cordas, dezoito bancos ergométricos para contrabaixo, cinco pianos, uma espineta e um piano digital.

A Auditoria analisou os recursos apresentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 290/299), da Sra. Kátia Maria Rivero Moscardo (fls. 321/499), Sr. Carlos Augusto Machado Calil (fls. 500/518) e Sra. Isleyd Pereira Smarzo (fls. 519/538), quando apresentaram argumentos relativos às irregularidades de 1, 3, 7, atinentes às análises destes autos e constantes no Acórdão de fls. 287/288:

"1) participação do servidor, funcionário do próprio Teatro Municipal, no certame e a contratação de empresa de propriedade do mesmo funcionário, violando a vedação expressa contida no inciso III do artigo 9º da Lei Federal 8.666/93;

3) aquisições realizadas por preços superfaturados, restando manifesta a violação aos princípios da vantajosidade e da economicidade e ao inciso V do artigo 15 da Lei Federal 8.666/93;

7) ausência de publicação da Nota de Empenho 101.104/2007 no site da Municipalidade, contrariando o artigo 1º da Lei Municipal 13.226, de 2001, e o princípio constitucional da publicidade."

Com a finalidade de atender o princípio de individualização da pena, passo a analisar os recursos interpostos de forma individual, com destaque na linha argumentativa dos recursos anteriores, sendo mantido o entendimento pretérito quanto a manutenção do item 1, sem a aplicação da pena de multa ante a ausência de dolo na conduta e quanto ao item 7 por se tratar de mera irregularidade formal.

Quanto ao item 3 remanescente, analiso a conduta dos recorrentes quanto à contratação com preços superfaturados. Cumpre por oportuno consignar que as empresas não foram intimadas durante a instrução processual e também não tomaram conhecimento formal da condenação aplicada no V. Acórdão.

Como argumento comum para provimento dos recursos, as partes fixaram sua participação no certame com base no princípio da boa-fé objetiva, uma vez que existia pesquisa de preços.

A contratação envolveu uma complexidade técnica, tratando-se de instrumentos profissionais em que os Recorrentes naturalmente não possuíam a *expertise* para verificar de plano eventual abuso, razão pela qual se filiaram à média das pesquisas realizadas, conforme quadro que segue:

Item	**Pesquisa**	**Contrato**
1 –Caixa Sinfônica 5x14	8.420,00	7.960,00
2 – Harpa 85	98.766,67	93.600,00
3 – Case para Xilofone	3.653,00	3.459,00
4 – Case para campanhas	3.933,33	3.640,00
5 – Jogo de teclado completo para Xilofone	12.862,67	11.800,00
6 – Jogo de Campanas	33.722,50	38.280,00
7 - Glockespiel	22.268,00	22.000,00
8 – Contrabaixo 5 cordas	52.190,00	50.800,00

Os itens desclassificados não podem figurar como comparativo apto para aplicar uma condenação aos recorrentes.

Assim, quanto aos recorrentes, não se pode afirmar a participação dolosa na contratação de preços superestimados. Todavia, não exclui a participação de funcionários e a prática de conluio entre as empresas que participaram da pesquisa de preço e do certame.

Ante o exposto, conheço dos recursos por tempestivo e, quanto ao mérito, dou parcial provimento para afastar a condenação referente aos itens 3 e 7 e manter o item 1, com a ressalva para afastar a pena de multa.

TC 1.048/2009 – trata-se de uma auditoria para apurar a denúncia publicada em jornais referente à aquisição de instrumentos musicais pelo Teatro Municipal.

A decisão exteriorizada no V. Acórdão conheceu da inspeção por reconhecer a veracidade das denúncias e determinou a formação de duas comissões na SMC, para o fim de planejar as aquisições de instrumentos no futuro e aprofundar as investigações feitas; determinou ainda a expedição de ofício ao Ministério Público, Prefeito Municipal, e cópia da decisão para os jornais "O Estado de São Paulo" e "Jornal da Tarde".

Em recurso, a Fazenda Municipal requereu em preliminar o conhecimento e julgamento do Agravo retido; a reforma da exigência de formação de comissões; afirmando que já existe o departamento de PROCED para analisar os atos praticados por agentes públicos. As questões atinentes ao mérito foram tratadas nos respectivos processos e quanto à decisão de criação de comissões passo a decidir.

De fato, assiste razão à Recorrente quanto à criação e manutenção de comissões especializadas para as determinações impostas. Imperioso ressaltar que a decisão do Tribunal de Contas não pode ensejar a realização de despesa e nem impor uma ação não prevista em lei.

Em que pese a gravidade dos atos apurados, o dever de contratação é imposto pela Constituição Federal e pela legislação federal de regência, como obrigação natural a todo ente público e por seus servidores, sendo desnecessária a criação de uma comissão para fazer cumprir disposições ordinárias da lei de licitações.

Da mesma forma, a Prefeitura do Município de São Paulo possui órgãos competentes para apurar faltas funcionais, inclusive com a criação da recente Controladoria Geral do Município.

Diante de todo o exposto, conheço dos recursos interpostos, eis que preenchidos os requisitos regimentais de admissibilidade, reconheço a nulidade na condenação das empresas ante a ausência de intimação durante a fase de instrução e inclusive durante a fase recursal, e quanto ao TC 1.490/2009 dou provimento aos recursos para declarar a nulidade dos itens 2, 3, 4, 5 e 6, e superar as irregularidades dos itens 1 e 7; quanto ao TC 1.489/2009 reconheço a nulidade dos itens 1, 2, 3, 4, 5 e 6. e dou provimento integral aos recursos dos interessados para superar a irregularidade de número 7;

Quanto ao TC 1.499/2009 dou provimento parcial aos recursos para afastar a condenação referente aos itens 3 e 7 e manter o item 1, com a ressalva para afastar a pena de multa; por fim, quanto ao TC 1.048/2009 dou provimento parcial para afastar a necessidade de criação de comissões.

Oficie-se a Origem e intimem-se as partes envolvidas sobre a decisão alcançada pelo Plenário.

Encaminhe cópia da presente decisão a Secretaria de Negócios Jurídicos e a Controladoria do Município de São Paulo para que apure os danos causados e a responsabilidade dos envolvidos.

Este é meu voto, Senhor Presidente.

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em preliminar, conhecer do agravo de instrumento oposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, por estar de acordo com o parágrafo único do artigo 114 do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em negar-lhe provimento.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em conhecer da inspeção realizada, uma vez que atendeu plenamente seu escopo e, com acuidade e pertinência, apurou a veracidade das denúncias sobre as irregularidades cometidas no curso das aquisições de instrumentos musicais pelo Teatro Municipal de São Paulo, durante os exercícios de 2006 e 2007.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Cultura – SMC a formação de duas comissões: a primeira com

o objetivo de planejar as aquisições de instrumentos no futuro, composta por profissionais da música, agentes públicos com prática em compras e contabilidade e um assessor jurídico; a segunda com o alvo de aprofundar as investigações feitas até o momento, composta por integrantes não envolvidos – quer direta ou indiretamente – com as aquisições ora examinadas, tendo em vista o envolvimento de funcionários da instituição nas irregularidades cometidas.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, bem como ao Departamento de Procedimentos Disciplinares – PROCED, da Procuradoria Geral do Município – PGM, dando conhecimento do V. Acórdão exarado.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício, em face do peso das faltas ora apuradas, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo, GILBERTO KASSAB, bem como à Câmara Municipal de São Paulo – CMSP para que sejam oficiados do teor do V. Acórdão.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, o envio de cópia do presente Acórdão aos jornais "O Estado de São Paulo" e "Jornal da Tarde", para ciência.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, ANTONIO CARLOS CARUSO e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de maio de 2010.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator.

Relatório e voto englobados: v. TC 1.499/2009.