

PROCESSO Nº: 3.955-1/2011
ASSUNTO: RECURSOS ORDINÁRIOS
RECORRENTES: FRANCISCO BELLO GALINDO FILHO E
VÁLIDOS AUGUSTO MIRANDA
RELATOR: CONSELHEIRO DOMINGOS NETO

RAZÕES DO VOTO

Inicialmente, é preciso consignar que o recurso deve ser conhecido, como bem decidido pelo Eminentíssimo Conselheiro Presidente, na medida em que todos os pressupostos recursais foram atendidos, conforme se vê às folhas e 810 e 816 e 817.

Para melhor compreensão das matérias postas, os argumentos recursais serão analisados separadamente por recorrente.

DO RECURSO INTERPOSTO PELO RECORRENTE FRANCISCO BELLO GALINDO FILHO

O primeiro Recorrente trouxe questões de duas natureza: uma processual (preliminar) e outra de mérito. Na primeira, sustenta sua ilegitimidade e na segunda pretende anular a multa aplicada.

Passo a analisar a questão processual.

De acordo com as razões recursais, diz o primeiro Recorrente não tem legitimidade passiva para figurar na representação interna que resultou em multa ao mesmo, pois os fatos analisados nesta representação referem-se à atos de gestão e não de governo, sendo que o Recorrente exerce o cargo de Prefeito Municipal e não de Secretário Municipal. Aduz que tal posição é defendida pelo STF, cuja decisão possui efeito vinculante.

A equipe auditora não concordou com esse argumento. Contrapôs que o STF validou o julgamento de Prefeito pelo TCE previsto na Lei da Ficha Limpa. No julgamento que foi declarada a lei de Ficha Limpa, o Supremo Tribunal Federal (STF) referendou o dispositivo que valida o julgamento de Prefeitos pelos Tribunais de Contas sempre que figurarem como ordenadores de despesa. O preceito está contido na parte final da alínea g do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/90, com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/10 (Lei de Ficha Limpa), segundo a qual se aplica “o disposto no inciso II do artigo 71 da Constituição Federal a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem

agido nessa condição”. Esse dispositivo constitucional, continua a equipe auditora, dispõe sobre o julgamento dos ordenadores de despesa pelo Tribunal de Contas.

Em relação à separação dos atos de governo e atos de gestão, a equipe auditora entende que o primeiro Recorrente não tem razão pois, verificando às fls. 13 a 18 TCE do processo de representação apenso, constatam-se menções e assinaturas do Sr. Prefeito, comprovando assim, a sua participação e, por consequência, responsabilidade sobre os atos da Secretaria em questão.

O Ministério Público de Contas concordou com o improvimento do recurso, ao argumento de que o próprio gestor ratificou a impropriedade em sua defesa.

Primeiramente, é preciso consignar que a matéria trazida pelo primeiro Recorrente é de ordem pública, eis que refere-se a uma das condições da ação.

Como sabido, as condições da ação são questões que podem ser analisadas em qualquer tempo ou grau de jurisdição e, mesmo que não alegadas pela parte no momento da defesa, poderão ser apreciadas em grau de recurso.

Desse modo, registro que a tese da ilegitimidade do primeiro Recorrente não foi trazida pelo mesmo quando da defesa anterior ao acórdão atacado. Não obstante, por se tratar de matéria de ordem pública deve ser conhecida e analisada.

Nesse sentido:

CPC

“Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.”

STJ

AgRg no REsp 770326 / BA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0123050-5 Relator(a) Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

(8175) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 02/09/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2010 Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE DE PARTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO. ART. 509 DO CPC. LITISCONSÓRCIO SIMPLES. INAPLICABILIDADE.

1. As questões de ordem pública, no caso a ilegitimidade das partes, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, podendo ser, até mesmo, conhecidas de ofício pelo juiz, o que afasta as teses de julgamento ultra petita e reformatio in pejus, levantadas pelos recorrentes. (SEM DESTAQUES)

AgRg nos EDcl no REsp 1043599 / RS AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2008/0067133-7 Data do Julgamento 02/03/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 10/03/2010

(...)

2. Ocorre que esse fundamento, que é causa de pedir autônoma a infirmar o cálculo fazendário, não foi oportunamente suscitado pelos contribuintes. A invocação dessa causa de pedir apenas nos segundos aclaratórios oriundos do julgamento da apelação denota evidente inovação recursal, sobre a qual o Tribunal de origem não está obrigado a se manifestar. Frise-se que a mencionada causa de pedir constitui questão nova não discutida junto à primeira instância, razão pela qual não há como invocar seu conhecimento com base no efeito devolutivo da apelação, que, embora amplo, está adstrito às "questões suscitadas e discutidas no processo" (art. 515, § 1º, do CPC).

REsp 1074006 / MG RECURSO ESPECIAL 2008/0156264-1 Data do Julgamento 25/11/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 16/12/2008

Ementa

PROCESSO CIVIL - PRINCÍPIO DEVOLUTIVO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ACÓRDÃO - OMISSÃO - DIREITO SUPERVENIENTE - DELIMITAÇÃO DA DEMANDA - APLICAÇÃO NO JULGAMENTO – IRRELEVÂNCIA.

1. *É dever dos Tribunais de Apelação conhecer da matéria efetivamente impugnada na apelação da sentença (tantum devolutum quantum appellatum), **mas não de matérias sequer discutidas nos autos até a fase do recurso extremo.*** (Sem destaques originais)

Processo HC 171873 / SP HABEAS CORPUS 2010/0083343-1 Data do Julgamento 31/05/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 24/06/2011

1. *O recurso de apelação, nos termos do art. 515 do CPC, aplicado por analogia permitida no art. 3º do Código de Processo Penal, devolve para o Órgão ad quem apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação (excetuando-se, naturalmente, as matérias de ordem pública, examináveis de ofício).*

Penso que o gestor tem razão. Senão vejamos:

A representação interna que deu origem à multa ao primeiro Recorrente elencou duas irregularidades atribuídas ao primeiro Recorrente:

“1. DA 05. Gestão Fiscal/Financeira_Gravíssima_05. Não recolhimento das cotas de contribuição previdenciária do empregador à instituição de previdência (artigos 40 e 195, I, da Constituição Federal).

2. LB 21. Previdência_Grave_21. Inobservância dos critérios dispostos na legislação para parcelamento de débitos junto ao RPPS (artigo 36 da ON MPS/SPS nº 02/2009, artigo 105, § 4º, da Lei nº 4.320/1964, artigo 2º, da Lei nº 10.028/2000, artigos 29, III, e § 1º, e 37, III, da Lei Complementar nº 101/2000 – LRF e artigo 3º, da Resolução nº 43, do Senado Federal).”

Porém, o primeiro Recorrente foi multado apenas em relação à primeira irregularidade (não recolhimento de contribuição previdenciária), não tendo havido multa em relação à segunda irregularidade (desrespeito às regras de parcelamento dos débitos junto ao RPPS).

É preciso registrar que o Ministério Público de Contas – no parecer 3821/2011, lavrado nos autos da representação interna 6.063-1/2011 (folhas 175 a 180), e confirmado pelo parecer ministerial nº 763/2012 (folhas 825 a 829) – entendeu que a multa deve ser aplicada em razão da irregularidade nº 02, sugerindo, expressamente, a não aplicação de multa ao primeiro Recorrente em relação à irregularidade nº 01, por entender que os fatos referem-se a atos de gestão.

É o que se extrai destes trechos do primeiro parecer ministerial (nº 3821/2011):

“17. Dessa forma, em que pese os esclarecimentos trazidos à lume pelo gestor, mister se faz a cominação de multa de modo a censurar sua conduta, bem como determinar que promova o regular recolhimento das contribuições patronais aos cofres do CUIABÁ PREV.

18. A responsabilidade pelos vícios aventados foi estendida ao Prefeito Municipal de Cuiabá, Sr. Francisco Bello Galindo Filho.

19. No entanto, convém gizar que, como ocorre no âmbito da estrutura estadual, o gestor à frente da Prefeitura Municipal de Cuiabá responde tão somente pelos atos de governo praticados, não atuando como ordenadores de despesas, competindo, estas, aos secretários nomeados para o exercício da função.

20. Assim, a responsabilidade pelos demais déficits previdenciários aventados, será apurada e atribuída, em autos próprios, aos Secretários Municipais de Educação e Saúde.

21. Por derradeiro, vislumbrou-se inobservância do alcaide municipal quanto aos critérios exigidos para o parcelamento de débitos na esfera pública, uma vez que celebrou o Termo de Acordo (n.º 003/2010), sem prévia autorização legislativa, como rege o artigo 105, § 4º da Lei n.º 4.320/64, artigos 29 e 37 da LC n.º 101/00 (LRF), artigo 2º da Lei n.º 10.028/00 e artigo 3º da Resolução n.º 43 do Senado Federal.”

Concluiu-se, no parecer que:

24. Pelo exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, no uso de suas atribuições legais e institucionais, com espeque na Constituição do Estado de Mato Grosso, em consonância com a competente relatoria técnica, opina:

a) pelo **conhecimento** da presente representação, tendo em vista o atendimento dos pressupostos elencados no artigo 224, inciso II e seguintes do Regimento Interno do TCE/MT;

b) pela **procedência** da presente representação;

c) pela **cominação de multa** ao gestor, Sr. Guilherme Frederico de Moura Muller, Secretário Municipal de Finanças de Cuiabá, por **infringência gravíssima** das normas constitucionais e legais (Artigos 40 e 195, I da CF/88 e Lei Federal n.º 9.717/98, entre outros);

d) pela **cominação de multa** ao gestor, Sr. Francisco Bello Galindo Filho, Prefeito do município de Cuiabá, **por grave infração às leis (artigo 105, § 4º da Lei n.º 4.320/64, artigos 29 e 37 da LC n.º 101/00 -LRF, artigo 2º da Lei n.º 10.028/00 e artigo 3º da Resolução n.º 43 do Senado Federal)** – Destaques nossos;

e) pela **determinação** ao Sr. Secretário para que:

e.1) efetue, **imediatamente**, o recolhimento da contribuição patronal à Instituição de Previdência, nos termos da legislação vigente, adimplindo, todavia, **com recursos próprios, os juros e mora decorrentes do atraso**;

f) *Sejam as demais irregularidades analisadas nos autos do processo de prestação de contas das Secretarias de Educação e Saúde, respondendo seus gestores pelos déficits outrora apontados, bem como pelas sanções cabíveis.*”

Em relação ao argumento da equipe auditora, no sentido de que as folhas fls. 13 a 18 TCE do processo de representação apenso nº 6.063-1/2011 há menções e assinaturas do Sr. Prefeito, comprovando assim, a sua responsabilidade sobre os atos da Secretaria em questão, penso que não assiste razão à equipe técnica, com a devida vênia.

Com efeito, analisando os autos da representação interna nº 6.063-1/2011, verifica-se que:

- a) o documento de folhas 13 é uma cópia da Lei 5.372/2010, que DISPÕE SOBRE O PARCELAMENTO DOS DÉBITOS DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ, ou seja, refere-se à irregularidade nº 02 e não à irregularidade nº 01;
- b) o documento de folhas 14 a 17 refere-se ao TERMO DE ACORDO E CONFISSÃO E PARCELAMENTO DE DÉBITOS PREVIDENCIÁRIOS Nº 003/2006, feito em nome do Município e, por isso assinado pelo primeiro Recorrente. O simples fato de o primeiro Recorrente ter assinado o acordo não significa que o mesmo tenha reconhecido a culpa pela falta de recolhimento.
- c) o documento de folhas 18 é assinado unicamente pelo Secretário Municipal de Finanças.

Desse modo, esses documentos, a meu ver, não justificam a atribuição de responsabilidade ao primeiro Recorrente pela irregularidade nº 01.

Ademais, a equipe auditora considerou que o fato de o primeiro Recorrente ter firmado o acordo de parcelamento prova que o mesmo admitiu a irregularidade (vide folhas 166 dos autos da representação interna 6.063-1/2011).

Não obstante, entendo que essa conclusão não é correta, pois por disposição legal cabe ao primeiro Recorrente assinar tal documento, eis a representação do Município lhe compete.

Ademais, tal acordo revela que a falha existiu, porém não permite concluir quem é o responsável pela mesma, na medida em que é efetivamente necessário distinguir atos de gestão e atos de governo.

Ante o exposto, entendo que a preliminar deve ser acolhida a fim de que reconheça-se a ilegitimidade do primeiro Recorrente.

Consequentemente, as questões de mérito ficam prejudicadas.

DO RECURSO INTERPOSTO PELO RECORRENTE VÁLIDOS AUGUSTO MIRANDA

O segundo recorrente foi multado em razão desta irregularidade: **Escolha inadequada da modalidade licitatória, em desobediência ao art. 13, inciso I da Lei nº 8.666/93 e art. 1, parágrafo da Lei 10.520/02 – Irregularidade – E 45.**

O segundo Recorrente argumenta que o art. 13, da Lei nº 8.666/93, tipifica os serviços técnicos e profissionais especializados para os casos de inexigibilidade de licitação e/ou para a modalidade de concurso, que não é o caso. Aduz, ainda, que a modalidade de licitação adotada foi o Pregão Presencial, que é a modalidade que mais atende o art. 3º da lei 8.666/93, notadamente no que tange a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, pois possibilita ampla participação das empresas interessadas, além de tornar a contratação mais célere. Diz-se no recurso que submeteu-se toda a documentação à apreciação da Procuradoria Geral do Município, que após análise, deu parecer favorável quanto à legalidade do mesmo, de modo que a responsabilidade não é do segundo Recorrente, mas do órgão jurídico do Município de Cuiabá.

A equipe auditora discordou desses argumentos, contra-argumentando que no relatório técnico constante às fls. 10 a 11 TCE consta que o objetivo do procedimento licitatório não se enquadra no objetivo a que se propõe a existência da modalidade “pregão”, definido no artigo 1º da Lei 10.520/2002. Segundo a equipe auditora, a Lei nº 10.520/2002 originou-se no mundo jurídico com o objetivo de determinar procedimentos a serem observados na modalidade licitatória do pregão. O art. 1º especifica que o Pregão visa a **adquisição de bens e serviços comuns**, que são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Argumenta, também que, conforme já mencionado no relatório técnico (fl. 11 TCE) – Processo nº 24.670-0/2010 apenso, a própria Procuradoria Geral do Município, no parecer jurídico, apresentou o entendimento sobre a matéria, justificando não ser o objeto da licitação um serviço de natureza comum, não enquadrando nos termos da Lei nº 10.520/02 e sugeriu que fosse revista a modalidade escolhida e houve a modificação para uma concorrência, devido o valor do certame. Contudo, essa orientação não foi acatada pelo Pregoeiro, havendo a continuação do Pregão, sem qualquer justificativa pela não obediência ao que foi sugerido. E conclui a SECEX: diante da ausência de comprovação da culpabilidade da Procuradoria no tocante a continuidade do

procedimento licitatório conforme alegou o interessado e diante da afirmativa da equipe técnica que o pregoeiro contrariou orientação da Procuradoria Municipal de mudar a modalidade de licitação para concorrência, continuando o procedimento de pregão por sua conta e risco, mantém-se a irregularidade apontada.

O parecer ministerial concordou com a equipe auditora e com os argumentos do Conselheiro Relator, razão pela qual opinou pelo improvimento do recurso.

Como visto, o cerne da questão relaciona-se à escolha da modalidade licitatória.

Consoante o voto do Eminentíssimo Conselheiro Relator, a irregularidade reside na **“1. Homologação de procedimento licitatório – pregão nº 19/2010 – com irregularidade – E 45, pela: escolha inadequada da modalidade licitatória, em desobediência ao artigo 13, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 e artigo 1º, parágrafo da Lei nº 10.520/2002”**.

A propósito, destaco este trecho do voto relator o qual evidencia que o principal motivo da manutenção da irregularidade foi o fato de o gestor contrariar parecer jurídico que opinou pela realização de concorrência ao invés de pregão:

*“ As alegações dos responsáveis não condizem com a realidade verificada no procedimento licitatório, pois a equipe técnica se embasou na análise do parecer jurídico, que se **manifestou contra a adoção da modalidade “pregão” para a contratação de empresa especializada para prestar serviços técnicos mencionados, para gestão do cadastro imobiliário e atualização da planta de referência cadastral, mediante execuções ordenadas de procedimentos específicos, por considerar que a contratação não se enquadra como serviço comum.***

Além do mais, houve a manifestação da procuradoria em relação ao valor do procedimento – R\$ 3.860.000,00 – a modalidade mais indicada seria a concorrência pública.

A contradição entre o parecer jurídico e a medida adotada pelos gestores, de fato é flagrante. Me parece que o parecer não teve serventia.” Grifei e destaquei

Essa conclusão foi amparada pelo relatório da equipe auditora, que assim se pronunciou: “A Procuradoria Geral do Município, no parecer jurídico, apresentou o entendimento sobre a matéria, justificando não ser o objeto da licitação um serviço de natureza comum, assim sendo, não enquadrado nos termos da Lei 10.520/02. Sugerindo, que fosse revista a modalidade escolhida e houve a modificação para uma Concorrência, devido ao valor do certame. Contudo, a orientação do Parecer Jurídico não foi acatada pelo Pregoeiro, havendo a continuação do Pregão, sem qualquer justificativa pela não obediência ao que foi sugerido pelo parecerista.” (folhas 14 dos autos nº 24.670-0/2010).

Ademais, após analisar a defesa do segundo Recorrente, a equipe auditora assim se manifestou: “*O Parecer Jurídico da Procuradoria Geral do Município manifestou-se sobre a modalidade escolhida – Pregão – **sugerido a adoção da modalidade concorrência**, devido as características técnicas e o valor do procedimento. Contudo, não houve nem a obediência à previsão legal e nem a sugestão do Procurador.*” (folhas 764 dos autos nº 24.670-0/2010)

Desse modo, é inegável que a controvérsia passa por saber se o parecer jurídico embasou ou não a decisão do gestor, pois a responsabilização do mesmo decorreu, diretamente, do entendimento de que ele não seguiu orientação da Procuradoria Jurídica.

De acordo com os autos nº 24.670-0/2010, infere-se que a licitação escolhida é o pregão nº 19/2010, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada para prestar serviços técnicos de geoprocessamento para atualizar e implantar soluções evolutivas do Sistema de Informação Geográfica do Município – SIG CUIABÁ*”.

Apesar da firme posição da equipe auditora e das razões do voto do Eminentíssimo Conselheiro Relator, os autos da representação interna (24.670-0/2010), revelam, as folhas 546 à 550 e 695 a 699 que o PARECER JURÍDICO GP/PGM Nº 040/2010, opinou pela realização da licitação na modalidade pregão presencial. Destaco os seguintes trechos do parecer jurídico:

“ *Após feitas os apontamentos acima, verifica-se que o Edital de licitação, na modalidade Pregão Presencial, do tipo Menor Preço Global, preenchem os requisitos legais, nada obsta a realização do procedimento licitatório, modalidade Pregão Presencial para o objeto pretendido pela Secretaria Municipal de Finanças, no período de 24 (vinte e quatro)*

meses” - SIC.

Desse modo, procede a afirmação de que o segundo Recorrente seguiu a Procuradoria Jurídica do Município, a qual opinou pela legalidade da escolha do pregoão.

De outro lado, é oportuno registrar que apesar das alegações da equipe técnica e do voto condutor do acórdão, não há menção a qualquer documento nos autos que corroborem a tese da equipe auditora que apurou os fatos descritos na representação interna, isto é, que houve parecer .

Portanto, entendo que o motivo para a aplicação da multa ao segundo Recorrente não subsiste, eis que, como demonstrado, a Procuradoria Jurídica do Município de Cuiabá amparou a escolha da modalidade licitatória por parte do Sr. Pregoeiro.

Nesse sentido:

STJ

Processo AgRg no REsp 1065588 / SP AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0118829-5 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 08/02/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 21/02/2011.

Ementa

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO APTO A CHARACTERIZAR A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos).

2. "É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo

havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade." (REsp nº 827.445/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, in DJe 8/3/2010)."

Por essas razões, entendo que o recurso deve ser provido a fim de reformar o acórdão recorrido no sentido de afastar também a multa aplicada ao segundo Recorrente.

DO EFEITO EXPANSIVO NO RECURSO DO SEGUNDO RECORRENTE

Como cediço, vigora no processo civil, aplicado subsidiariamente ao preste procedimento administrativo, a possibilidade de o recurso possuir efeito expansivo ou extensivo, nos termos do art. 509 do Código de Processo Civil:

"Art. 509. O recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses. Parágrafo único. Havendo solidariedade passiva, o recurso interposto por um devedor aproveitará aos outros, quando as defesas opostas ao credor lhes forem comuns."

De acordo com este efeito, o julgamento do recurso pode atingir quem não recorreu (efeito expansivo ou extensivo subjeto) ou outro ato que não foi atacado no recurso (efeito expansivo ou extensivo objeto).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, admite-o. Nesse sentido:

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 770.326 - BA (2005/0123050-5)
RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/SP) AGRAVANTE : JULIVAL WILSON LEITE
BONFIM E OUTROS ADVOGADO : ILANA KÁTIA VIEIRA CAMPOS
AGRAVADO : ESTADO DA BAHIA PROCURADOR : BRUNO
ESPINEIRA LEMOS E OUTRO(S)**

" No tocante ao efeito expansivo subjetivo do recurso previsto no art. 509 do CPC, esta Corte também já pacificou o entendimento que este só se aplica quando o litisconsórcio é Unitário, diferentemente do caso dos autos, em que ocorreu litisconsórcio simples. Nesse sentido, os seguintes

precedentes:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO. RECONHECIMENTO, NO ARESTO EMBARGADO, DO DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS CLASSIFICADOS INICIALMENTE ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. NÃO-CABIMENTO. OMISSÃO QUANTO AOS DIREITOS RETROATIVOS DO CARGO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 48 DO CPC.

2. Reconhecida a omissão da autoridade coatora em nomear os recorrentes, o que deveria ser feito até o término do prazo de validade do certame, devem ser a eles reconhecidos todos os direitos do cargo, inclusive financeiros, retroativos à data final do prazo de validade do concurso.

3. Ausência de aplicação do disposto no art. 509 do CPC, pois a espécie não cuida de litisconsórcio unitário, em que a decisão de mérito deve ser uniforme para todos os litisconsortes, considerando que as distintas pontuações e classificações de cada um dos candidatos ao concurso leva necessariamente a um julgamento diferenciado para eles.

3. Embargos declaratórios do Estado do Mato Grosso e de Celso Tadeu Monteiro Bastos rejeitados e embargos de declaração de Aline Carvalho Coelho e outros acolhidos, para lhes reconhecer todos os direitos do cargo, inclusive financeiros, retroativos à data final do prazo de validade do concurso. (EDcl no RMS 19.635/MT, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 16/06/2008) PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVOS DE INSTRUMENTO. RECURSOS DOS LITISCONSORTES QUE NÃO APROVEITAM À RECORRENTE. NÃO

CARACTERIZAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO.

(...)

3. ***"O recurso, em regra, produz efeitos tão somente para o litisconsorte que recorre. Apenas na hipótese de litisconsórcio unitário, ou seja, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, quando o julgamento haja de ter, forçosamente, igual teor para todos os litisconsortes, mostra-se aplicável a norma de extensão da decisão, prevista no art. 509, caput, do Código de Processo Civil."*** (RMS 15.354/SC, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 01.07.2005). Precedentes: EDcl no REsp 453.860/SP, 4ª T., Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 25.09.2006; REsp 203.042/SC, 2ª T., Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 05.05.2003.

4. No caso concreto, por não ser hipótese de litisconsórcio unitário, o recurso interposto por um dos litigantes não aproveita aos demais, o que retira da recorrente qualquer possibilidade de extensão, em seu favor, dos efeitos do provimento dos agravos de instrumento interpostos pelos litisconsortes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido. (REsp 827.935/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 27/08/2008) EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ALEGADA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 590 DO CPC. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O acórdão embargado não possui a alegada omissão, ante a inexistência de litisconsórcio unitário entre a embargante Sopave e a empresa Transbraçal.

2. A regra do art. 509, caput e seu parágrafo único, só se aplica ao litisconsórcio unitário.

3. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no Resp 453.860/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ de 25/09/2006 p. 270).”

Sendo assim, irretocável o acórdão a quo que excluiu da lide os ora recorrentes, por não serem partes legítimas para executar julgado de que não participaram, já que o litisconsórcio simples não permite o efeito expansivo do recurso de apelação.”

AgRg no REsp 770326 / BA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0123050-5 **Relator(a)** Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (8175) **Órgão Julgador** T6 - SEXTA TURMA **Data do Julgamento** 02/09/2010 **Data da Publicação/Fonte** DJe 27/09/2010
Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ILEGITIMIDADE DE PARTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO. ART. 509 DO CPC. LITISCONSÓRCIO SIMPLES. INAPLICABILIDADE.

1. As questões de ordem pública, no caso a ilegitimidade das partes, podem ser alegadas em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, podendo ser, até mesmo, conhecidas de ofício pelo juiz, o que afasta as teses de julgamento ultra petita e reformatio in pejus, levantadas pelos recorrentes.

2. O entendimento que firmemente prevalece nesta Corte é o de que o recurso produz efeitos somente ao litisconsorte que recorre, ressalvados os casos de litisconsórcio unitário, que não é o caso dos autos.”

Essa questão tornou-se importante, no presente caso, pois a irregularidade atacada pelo segundo Recorrente também acarretou multa ao Sr. Guilherme Frederico de Moura Muller, Secretário Municipal. Não obstante, este gestor não apresentou recurso.

Diante disso, surge a questão: o afastamento da multa em relação ao segundo Recorrente beneficia o gestor que não recorreu?

Penso que sim. E explico o porquê.

A meu ver, há litisconsórcio unitário entre o segundo Recorrente e o Sr. Guilherme Frederico.

Como cediço, o litisconsórcio é a reunião de pessoas em um dos polos da relação processual, sendo que este fenômeno processual pode ser conceituado como:

- a) ativo, passivo e misto, conforme o litisconsórcio seja entre autores, réus ou ambos;
- b) inicial e ulterior, dependendo do momento em que se forma – se no início ou durante o processo;
- c) necessário e facultativo, caso seja obrigatório ou opcional, respectivamente;
- d) comum ou simples e unitário, se a decisão puder ser diferente para os litisconsortes ou se tiver que ser igual para todos, respectivamente.

No presente caso, importa analisar a última hipótese.

O litisconsórcio unitário é aquele em que a sentença deve, obrigatoriamente, ser igual para todos os litisconsortes, seja porque a lei assim o determina, seja porque a natureza da relação jurídica o exige.

Nesse sentido, o art. 47 do Código de Processo Civil explica que:

*“Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, **por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.***

Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.”

Apesar de a lei utilizar a expressão necessário, doutrina e jurisprudência entendem que o conceito trazido por esse dispositivo abrange, também, o litisconsórcio unitário, conforme citado a pouco.

Nesse sentido, FREDIE DIDIER JR, na obra CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL I, 6ª edição, p. 268/269, esclarece que:

“A regra fundamental estabelecida pelo art. 47 do CPC é de que o litisconsórcio será necessário sempre que unitário.

(...)

Por conta disso, vem-se entendendo que o litisconsórcio unitário, quando for passivo, será também necessário (aplicando-se a regra geral do art. 47 do CPC)”.

Feitas essas considerações, volto ao cerne da questão.

A meu ver a natureza da irregularidade ensejadora da multa ao segundo Recorrente e ao Sr. Guilherme Frederico permitem concluir que a solução dada não poderia ser diferente para ambos. Ou seja: ou multavam-se ambos, ou absolviam-se ambos. Isso, porque o fato relevante para a aplicação da multa foi contrariedade ao parecer jurídico que, segundo o voto, opinou pela realização de concorrência ao invés de pregão.

Consequentemente, dar provimento ao recurso interposto pelo Sr. Válidos implica em também afastar a multa em relação ao Sr. Guilherme.

Ora, se ficou constatado que o parecer jurídico, efetivamente, amparou a decisão dos gestores nenhum deles pode ser multado.

Ante o exposto, entendo que os efeitos do provimento dado ao recurso interposto pelo segundo Recorrente devem refletir na multa aplicada ao Sr. Guilherme Frederico de Moura Muller, apesar deste não haver recorrido.

Explico, por fim, que não há que se falar em efeito expansivo em relação ao provimento do recurso interposto pelo primeiro Recorrente, pois o motivo do provimento decorre de o mesmo exercer o cargo de Prefeito e, por conseguinte, não praticar atos de gestão, situação que não atinge o Secretário Municipal, por óbvio.

VOTO

Diante dos fundamentos explicitados nos autos, **NÃO ACOLHO** o parecer ministerial nº 763/2012, de lavra do Procurador de Contas, Dr. Gustavo Coelho Deschamps, às folhas 825 a 829-TCE, e **VOTO**:

1. pelo **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO** do recurso interposto pelo Recorrente Francisco Bello Galindo Filho, em face do Acórdão 4.116/2011, a fim de reconhecer a ilegitimidade do mesmo na representação

interna nº 6.063-1/2011, e, por consequência, afastar a multa de 21 UPFs/MT aplicada a este Recorrente, mantendo-se os demais termos do acórdão recorrido;

2. pelo **CONHECIMENTO** e **PROVIMENTO** do recurso interposto pelo Recorrente Válidos Augusto Miranda, em face do Acórdão 4.116/2011, a fim de reformar em parte esse acórdão no sentido de afastar a multa de 11 UPFs/MT aplicada ao Recorrente, mantendo-se os demais termos do acórdão recorrido;

3. pela atribuição de EFEITO EXPANSIVO ao provimento dado ao recurso interposto pelo segundo Recorrente, a fim de afastar a multa de 11 UPFs/MT aplicada ao Sr. Guilherme Frederico de Moura Muller, por conta da irregularidade nº 1 da representação interna nº 24.670-0/2010.

É o voto.

Tribunal de Contas, abril de 2012.

CONSELHEIRO DOMINGOS NETO
RELATOR