JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.002.062.97-16

Representação - Deputado Estadual - S.M.E - aquisição de kits culturais (fitas cassetes) contendo o hino nacional e outros hinos - inexigibilidade de licitação - inviabilidade de competição - produto singular - inexistência de outro similar no mercado - decisão judicial com trânsito em julgado - representação rejeitada, com remessa de cópias à Câmara Municipal e à Chefia do Executivo para conhecimento.

RELATÓRIO

O presente TC se formou a partir da Representação encaminhada a este Sodalício pelo Dep. **RUI GOETHE DA COSTA FALCÃO,** solicitando auditoria na aquisição de 800.000 fitas cassetes, contendo hinos cívicos, no âmbito da Secretaria Municipal da Educação, ao tempo da gestão do ex-Secretário SÓLON BORGES DOS REIS.

A representação vem instruída de cópias de recortes do Jornal da Tarde de 24.03.97 e da Folha de São Paulo de 22.03.97 divulgando críticas àquela aquisição, gerando gasto acima de R$1.000.000,00 (fls. 03/06).

Este processo foi instruído, na seqüência: pelo Ofício n.º 1123/97, da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital, acompanhado da Portaria de instauração de Inquérito Civil e de reportagem do Jornal da Tarde de 25.04.97, solicitando desta Corte informações sobre eventual investigação acerca da matéria do título (fls. 12/15).

A **Auditoria Especial**, levada a efeito por solicitação da Assessoria Técnica, apurou, a partir das pesquisas de mercado em gráficas, estúdios, gravadoras e duplicadoras de fitas, um custo estimado, na composição dos preços, da ordem de R$ 415.800,00 para 800.000 kits, que, acrescido dos trabalhos de produção e do preço cobrado por músicos, alcançaria o valor total estimado em torno de R$ 784.000,00 (fls. 24/66).

A **AT-Jurídica**, em parecer exarado pela Dra. MAGADAR R. C. BRIGUET deu pela ilegalidade da contratação por ausência dos pressupostos legais que autorizam a dispensa de licitação, destacando, ainda, que a pesquisa realizada pela Auditoria apurou preço bem inferior ao da contratação, o qual sequer foi adequadamente justificado pela origem (fls. 67/77).

A **Superintendência Municipal da Educação - SUPEME**, na justificativa apresentada às fls. 83/89, defendeu a legalidade da contratação e a lisura dos procedimentos adotados.

Na seqüência, julgou-se conveniente a intimação do ex-Secretário Municipal, SÓLON BORGES DOS REIS, em respeito ao princípio do contraditório, o qual, então, ofereceu a defesa de fls. 111/117, ressaltando, em preliminar, a ausência de sua responsabilidade no ajuste em foco, desde que sua concretização, como todos os atos correspondentes, se consumaram já ao tempo da nova gestão da Pasta (reserva de dotação, empenhamento da despesa, liquidação e pagamentos), e, no mérito, a regularidade de todo o procedimento de dispensa, observando, ainda, a inexistência de outro produto similar no mercado, a aquisição a baixo preço e a necessidade do cumprimento das leis que obrigam o ensino e o canto do Hino Nacional.

De sua vez, o Dr. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, então Vice-Prefeito e que também esteve à testa daquela Pasta, no interregno subsequente, prestou as informações de fls. 122/129, onde apresenta um relatório cronológico dos fatos e acerbas críticas ao procedimento da gestão anterior, esclarecendo, outrossim, que suas atividades se limitaram apenas ao cumprimento das obrigações assumidas na compra dos kits, como decorrência da transação, toda ela aperfeiçoada na Administração pretérita. Com essa informação vieram também aos autos a massa de documentos encartados sob fls. 131/291.

A **AT-Jurídica** deste Tribunal, diante dos novos subsídios trazidos ao bojo deste T.C., considerou regular a contratação, no longo parecer de lavra do Dr. ÁLVARO DE QUEIROZ FRANCO (fls. 330/339), que teve o aval do eminente Assessor Chefe, Dr. MURILO MAGALHÃES CASTRO, concluindo pela improcedência da representação (fls. 340/341).

Por instância da Procuradoria da Fazenda Municipal, JUD enviou cópias de peças da Ação Civil Pública em andamento na 6ª V.F.P., inclusive do Despacho do Exmo. Senhor Secretário dos Negócios Jurídicos, Dr. Edevaldo Brito, autorizando aquele órgão a abster-se de integrar aquela lide, nos seus dois pólos, sem prejuízo do que ficar apurado nesta Corte (fls. 366/414).

Novos elementos daquele processo foram trasladados, por cópia, a este procedimento, merecendo especial relevo a r. Sentença pronunciada pelo Juízo Singular, de autoria do Juiz JOSÉ THALES SENA REBOUÇAS, julgando procedente a ação, para os seguintes efeitos:

> ***a) declaração de nulidade do P.A. n.º 50.012.499-96*55, a partir da autorização datada de 29.08.96;***
>
> ***b) condenação do prof. SÓLON BORGES DOS REIS e da CONSULTOR ASSESSORIA e PLANEJAMENTO, solidariamente, ao ressarcimento dos danos causados ao Erário Público Municipal;***
>
> ***c) multa, a ambos os réus de valor corrigido igual ao valor do dano;***
>
> ***d) suspensão dos direitos políticos por cinco anos, do ex-Secretário da Educação, e proibição, à CONSULTOR, de contratar com o Poder Público por igual prazo.***
> ***(fls. 476/497)***

Não obstante esse r. *"Decisum"* a **AT- Jurídica**, ratificou seus pronunciamentos anteriores, no sentido da improcedência da representação (fls. 505/510), enquanto que a **Procuradoria da Fazenda Municipal**, mais cautelosa, opinou, na sua intervenção de fls. 511/515, pela espera do resultado do julgamento dos recursos interpostos pelas partes interessadas, chamando, porém, a atenção desta Corte para os seguintes destaques:

> ***1) a sentença de procedência na Ação Civil Pública mencionou que o TCM está apurando, paralelamente o assunto (fls. 13 da sentença) e, ao final, mandou oficiar o TCM; logo o TCM está ciente da procedência da Ação Civil Pública;***
>
> ***2) a sentença declarou nulo o processo que tratou do caso na SME, desde a data da autorização da despesa (fls. 22 da sentença); logo os atos subsequentes, mormente o próprio ajuste, estão por ora insubsistentes (sistema do CPC, 248, 1a. parte), até o julgamento da apelação;***
>
> ***3) esse comando desconstitutivo, bem como os demais de natureza condenatória (fls. 22/23 da sentença) estão sob o efeito suspensivo reconhecido à apelação (ora em fase de contra-razões pelo Ministério Público);***
>
> ***4) na fase postulatória a Prefeitura fora autorizada por SJ a se abster de intervir no feito, abstinência essa que, s.m.j., impende ser devidamente ponderada pelo TCM; se a Prefeitura optou por não contestar o feito, causaria espécie que, na pendência da apelação, o órgão de controle externo emitisse um juízo de valor a respeito do ajuste sindicado na ação judicial em curso;***
>
> ***5) embora as jurisdições de contas e a togada sejam independentes, a certos respeitos, no caso parece que a prudência e a razoabilidade sinalizam para que o TC aguarde, pelo menos, o julgamento da apelação.***
> ***Outro proceder, parece-nos que seria inócuo, porque a lei 8429/92 (onde fundamentou a ACP) declara que os efeitos da decisão judicial independem do posicionamento da Corte de Contas na espécie (art. 21, II)***

Posteriormente, a União Paulista de Educação encaminhou cópia do v. Acórdão proferido pela 8ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça, na Apelação Cível n.º 117.156.5/8, dando provimento integral ao apelo dos recorrentes, documento esse anexado ás fls. 550/571.

Na seqüência, foram juntadas cópias dos extratos de andamento do processo judicial, assinalando o trânsito em julgado daquele v. Acórdão (fls. 575/576).

Com esses novos subsídios, o douto Assessor Chefe da **AT-Jurídica**, Dr. MURILO MAGALHÃES CASTRO, ratificou seu pronunciamento anterior, no sentido da improcedência da representação, ressaltando que o v. Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça mostrou o amplo acerto da posição assumida nas manifestações precedentes desse Órgão Técnico (fls. 582/586)

A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, à sua vez, realçando que aquele r. *"Decisum"* já adquiriu a autoridade de coisa julgada material, fazendo, assim, lei entre as partes nos limites da lide e das questões decididas, nos termos dos arts. 468 e 472 do CPC, entendeu prejudicada a representação, sem prejuízo de eventual verificação da efetiva entrega do objeto (fls. 590/591).

A **Secretaria Diretoria Geral**, derradeiramente, perfilhando a mesma diretriz da AT-Jurídica e da Procuradoria da Fazenda Municipal, opinou também pela improcedência da representação, lembrando, ainda, precedente desta Corte, proferido em caso análogo no TC n. 7.744.99*03 (fls. 601/602)

É o relatório abreviado.

VOTO

O art. 25 da Lei Federal n.º 8.666/93, atualizada pela Lei n.º 8.883/94, declara inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial nas hipóteses tipificadas ou modeladas nos seus três incisos.

Portanto, é inexigível a licitação nas situações expressamente catalogadas ou particularizadas no dispositivo em exame, ou quaisquer outros em que a competição é totalmente inviável, no enunciado de seu *"caput"*.

No presente caso, de aquisição de Kits Culturais, contendo os hinos cívicos, sobretudo o nacional, caracteriza-se como produto singular, na medida em que o mercado não possuía outro similar.

Isso ficou demonstrado, na Auditoria Especial realizada no âmbito deste procedimento, quando da entrevista com a Srta. ROSELI JONAS CAVALCANTI, encarregada da Secretaria da Câmara Brasileira de Livros, que, em certo momento, explicou que, até então, não tinha visto produto igual ao Kit Cultural a ela mostrado, informando ainda, que o mesmo não foi localizado no Cadastro Eletrônico, até porque não revestia a condição de obra literária (fls. 60/61).

Relevante notar, outrossim, que a Equipe encarregada da Auditoria só conseguiu apurar preços dos componentes do kit, separadamente, em pesquisa junto à:

a) Gráficas e Editoras;
b) Estúdios para fita piloto;
c) Gravadora e Duplicadora de Fitas,

chegando ao valor final de R$ 415.800,00, afora o valor cobrado por músicos e coral dada a dificuldade em obtê-lo.

A única empresa que, na avaliação daquela Equipe, forneceu orçamento para produção, gravação e duplicação dos quatro hinos foi a DISCOS CHORORÓ, que declinou o custo unitário de R$ 0,98, o que importaria no custo global de R$ 784.000,00 para 800.000,00 kits.

Todavia, a nosso ver, esse orçamento não poderia servir de parâmetro, desde que não se trata de empresa que se dedica ao tipo de atividade desenvolvida pela empresa CONSULTOR, não se sabendo se a mesma está ou não filiada a uma das Entidades referidas no art. 25, inciso I, da Lei Federal n.º 8.666/93.

A esse respeito, o Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello reconhece a inviabilidade lógica da licitação, por falta de seus pressupostos lógicos, em duas hipóteses:

> ***"a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito.***
>
> ***Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;***
>
> ***b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se denomina produtor ou fornecedor exclusivo".***
> ***(Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, pág. 275).***

Esse entendimento teve ampla receptividade do Judiciário na conformidade do v. Acórdão proferido na Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público, ao dar provimento integral aos apelos da CONSULTOR e do Prof. SÓLON BORGES DOS REIS, donde transcrevo estes fragmentos, dada sua pertinência ao caso concreto deste TC.

> ***"Assim, por ter ficado demonstrado quantum satis não só pelos atestados fornecidos pelo Sindicato Nacional dos Editores de Livros (fl. 54 e 56) e da Câmara Brasileira do Livro, como também por pesquisa efetuada no mercado de que a Consultor Assessoria de Planejamento Ltda. era a única e exclusiva empresa em condições de fornecer o "kit cultural" completo (fita cassete mais impresso contendo Hinos de Canção Nacional de letra de Guilherme de Almeida), era mesmo o caso de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, cuidando-se mesmo de objeto singular que poderia ser fornecido por uma só empresa especializada e de confiança do administrador. Resulta, pois, que incide na espécie as regras do artigo 25, incisos I e II, da Lei n. 8.666/93 e artigo 65, inciso IV, da Lei Municipal n. 10.544/88.***

Por outro lado, não se poderia impor ao administrador a contratação em separado de gravadoras e gráficas, promovendo-se licitações distintas, porque nesse caso estar-se-ia invadindo a esfera de discricionariedade da Administração, quando ela optou segundo suas conveniências, pela aquisição de um "kit cultural" completo, pronto e acabado. O ato discricionário se situa "dentro da zona livre em que a vontade do administrador decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público" (cf. Caio Maio Tácito, O Abuso do Poder Administrativo no Brasil, Ed. Dasp, 1959, pág. 26/27). E sob este prisma não se pode aceitar o relatório da Agente de Fiscalização Financeira e da Contadora do Tribunal de Contas para se concluir que houve superfaturamento (fls. 245/250).

Já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça em acórdão de lavra do Eminente Desembargador Walter Theodósio, na apelação cível n.º 274.611-1/7 que "a inexigibilidade da licitação se move no terreno de natureza discricionária, própria da Administração, que deve buscar o bem comum ou o proveito da Comunidade. E, utilizando o campo discricionário, não está a Administração agindo "contra legem" eis que se sabe ser o ato discricionário laborado "intra legem". Ocorre, pois, presunção de legalidade do contrato, escorado na liberdade, dentro da lei, de a Administração optar pela inexigibilidade da licitação, uma vez reconhecida a singularidade do trabalho e especialização da contratada."

É ainda, esse v. Julgado que registra no corpo de sua fundamentação:

"Quanto ao apelante Sólon Borges dos Reis oportuno anotar que ainda que houvesse ilegalidade na contratação, o que inocorreu, como já visto, isto por si só não configura improbidade administrativa, pois como doutrina Fábio Medina Osório, necessário que o ato além de ilegal, se mostre fruto de desonestidade ou inequívoca e intolerável incompetência do agente público (ob. cit., pág. 129), hipóteses, à evidência, inocorrentes no caso em testilha. Remarque-se Sólon Borges dos Reis apenas e tão somente ratificou a autorização para a aquisição dos "kits culturais", mediante a anexação de declaração de exclusividade (fl. 101) e a nota de empenho emitida na sua gestão foi cancelada. Não havia pois, como ser responsabilizado por improbidade administrativa.

Nada mais é de ser acrescentado, tanto mais que o v. Acórdão já transitou em julgado, tendo, assim, força de lei nos limites da lide e das questões decididas, nos termos do art. 468 do Estatuto Processual Civil, pois como se diz corriqueiramente, ***"decisão judicial investida da autoridade de coisa julgada não se discute, cumpre-se."***

Por tais fundamentos, rejeito a Representação formulada, determinando o envio de cópia da decisão ao representante, à Câmara Municipal e à Chefia do Executivo para fins de conhecimento, e o ulterior arquivamento deste processado

É o voto.

TCM, 13 de dezembro de 2000

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

ÍNDICE REMISSIVO

- Representação - fls. 03/06
- Ofício n. 1123/97 da Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital – fls. 12
- Portaria de Instauração de Inquérito Civil – fls. 13/14
- Reportagem do Jornal da Tarde de 25.04.97 – fls. 15
- AUD I - fls. 24/66
- AT-Jurídica - fls. 67/77
- Manifestação da Superintendência Municipal da Educação – SUPEME - fls. 83/89
- Defesa do Prof. SÓLON BORGES DOS REIS - fls. 111/117
- Manifestação do Dr. RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA fls. 122/129
- Documentos encartados ao TC - fls. 131/291
- AT-Jurídica - fls. 330/339
- Cópias da Ação Civil Pública, autos n. 1370/97, 6ª Vara - fls. 366/412
- Despacho do Secretário dos Negócios Jurídicos, Dr. EDEVALDO BRITO – fls. 413
- Sentença pronunciada pelo juiz JOSÉ THALES SENA REBOUÇAS – fls. 476/497
- AT-Jurídica - fls. 505/510
- PFM - fls. 511/515
- Acórdão proferido pela 8ª Câmara do Tribunal de Justiça, na Apelação Cível n. 117.156.518 – fls. 550/571
- Extratos de andamento do processo judicial – fls. 575/576
- AT-Jurídica - fls. 582/586
- PFM - fls. 590/591
- SDG - fls. 601/602

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.002.062.97-16, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Relator, nos termos do parágrafo 2º do artigo 99 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em rejeitar a representação formulada, determinando:

1) o envio de cópia desta decisão ao representante, à Câmara Municipal de São Paulo e à Chefia do Executivo, para fins de conhecimento;

2) o ulterior arquivamento deste processado.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, EDSON SIMÕES e o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de dezembro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator