JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.002.906.98-37

Licitação - inexigibilidade - notória especialização - Câmara Municipal - prestação de serviços de advocacia - defesa em ação judicial - Ação Popular - impedimento de seu corpo jurídico - não constituição de comissão especial para pronunciar-se sobre a configuração da hipótese - irregularidade formal relevada - ajuste acolhido com determinação - Lei 10544/88, art. 11, V, e art. 65, inciso I e § 2º - Recurso - PFM - não conhecimento - (vide tb. TC 72.002.905/98-74). (Custo Benefício)

Egrégia Câmara

Em julgamento, o Termo de Contrato nº 15/97 celebrado entre a Câmara Municipal de São Paulo e Prof. Dr. Diógenes Gasparini com fundamento no artigo 11, no inciso I do art. 65 da Lei Municipal 10.544/88 e na Lei Federal 8.666/93, tendo por objeto a "prestação de serviços técnicos profissionais especializados para patrocínio da defesa da contratante, perante o Judiciário, em todas as instâncias, na Ação Popular proposta por José Venerando da Silveira, em curso na 10ª Vara da Fazenda Pública" (Proc. 768/97).

A A.T. Jurídica manifestou-se pelo acolhimento do ajuste, por estar caracterizada a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços técnicos-profissionais especializados com advogado de notória especialização.

AUD-I concluiu pela regularidade do contrato, ressalvando impropriedade formal referente ao cumprimento das Instruções nº 1/92.

Minha assessoria questionou o procedimento adotado pela Origem, à luz da legislação regente da matéria.

A A.T. sugeriu então que se recomende, à Edilidade, respeitar as exigências legalmente previstas para ajustes desta natureza. Reiterou, contudo, seu parecer pelo acolhimento do contrato.

P.F.M. e S.D.G., no mesmo sentido, entenderam que o instrumento pode ser acolhido. Endossaram as recomendações propostas.

V O T O

Entendo, como os órgãos técnicos, caracterizada a inexigibilidade de licitação por notória especialização.

Embora não constituída formalmente a Comissão especial para pronunciar-se sobre a ocorrência da hipótese e sua adequação aos requisitos estabelecidos no art. 11 da L.M. 10.544/88, conforme exigido no § 2º do art. 65 da L.M. 10.544/88, constam, dos autos,

pareceres de assessores da Edilidade. Ademais, houve a apreciação da matéria pela Mesa da Câmara e Presidência, justificando a contratação.

Trata-se de serviço técnico-profissional especializado consistente em defesa de causa judicial, nos termos do inciso V do art. 11 da lei municipal acima referida.

De outro lado, o profissional contratado é, sem dúvida, notoriamente especializado, consoante sobejamente demonstrado pelos elementos trazidos aos autos.

Os fatos enquadram-se perfeitamente na hipótese legal contida no inc. I do art. 65 da L.M. 10.544/88, como ademais bem fundamentado pela A.T.-Jurídica desta Corte.

Voto, pois, pelo acolhimento do ajuste, determinando-se à Origem, de futuro, em casos de contratação por notória especialização, atender às disposições do § 2º do art. 65 e § 2º do art. 66 da Lei 10.544/88 e as Instruções nº 1/92 deste Tribunal.

São Paulo, 28 de abril de 1999.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.002.906.98-37, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acolher o ajuste, uma vez caracterizada a inexigibilidade de licitação por notória especialização.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar à Origem que, de futuro, em casos de contratação por notória especialização, atenda às disposições do § 2º do art. 65 e § 2º do art. 66 da Lei Municipal nº 10.544/88, bem como das Instruções nº 1/92 deste Tribunal.

Participou do julgamento o Conselheiro EURÍPEDES SALES.

Presente a Procuradora da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 28 de abril de 1999.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RECURSO

RELATÓRIO

Examina-se nestes autos, e na oportunidade, Recurso interposto pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal contra o respeitável acórdão prolatado pela E. 1ª Câmara desta Corte, por força do qual foi acolhido, à unanimidade, o Contrato nº 15/97.

Para facilitar o entendimento, relembro que o mencionado contrato foi ajustado entre a Câmara Municipal e o Professor Doutor Diógenes Gasparini, tendo por objeto a prestação de serviços técnicos profissionais especializados para patrocínio da defesa da Edilidade em Juízo. Rememoro, ainda, que a necessidade de tal contratação decorreu da promoção por José Venerando da Silveira de Ação Popular contra a Câmara Municipal de São Paulo, entre outros, objetivando a anulação de ato daquela Casa.

À época da contestação, o corpo jurídico da Câmara Municipal, por embaraços de natureza ética, declarou-se impedido de patrocinar a causa, posto que sobre ela tinha interesse direto, figurando mesmo alguns de seus integrantes no pólo passivo da demanda.

Por esse motivo, e com fundamento nos ditames do inciso V do artigo 11 e do inciso I do artigo 65 da Lei nº 10.544/88, com as alterações posteriores, compatíveis com as normas federais regentes da inexigibilidade de licitação, foi celebrado o Contrato nº 15/97, já analisado por esta Casa.

No curso da regular instrução destes autos, e da qual decorreu a prolação do v. acórdão impugnado via recursal, tiveram oportunidade de manifestar-se os órgãos técnicos desta Corte, bem como a Procuradoria da Fazenda Municipal.

Dentre essas todas inserções, merece destaque aquela formulada pela Recorrente, assim reproduzida:

> *"Na esteira das manifestações dos órgãos técnicos dessa C. Corte, em especial das manifestações da D. AT-J a fls. 37/42, que encampamos como razão de opinar, a Procuradoria da Fazenda propõe o acolhimento do presente ajuste, com as recomendações sugeridas.*
>
> *À superior consideração de V. Exa".*

Com fundamento nas unívocas manifestações expressas nos autos, o ajuste foi devidamente acolhido por este Tribunal.

Publicada a decisão, a Procuradoria da Fazenda Municipal, nada obstante sua manifestação favorável ao ajuste declinada na fase instrutória, houve por bem interpor recurso, embasando-o no inciso III do artigo 45 da Lei nº 9.167/80.

Esse recurso, objeto de nossa preocupação atual, está a merecer breve síntese neste relatório.

Alega a Recorrente, em suas razões, que por defender valor imprescritível e indisponível não se encontra impedida de retratar suas posições, não estando submetida, pois, às regras da preclusão. Bate-se pelo cabimento do recurso ante a sucumbência aninhada na própria motivação do acórdão questionado.

Acrescenta, no mérito, que na ação em pauta o Município absteve-se de oferecer contestação, restando ilógico que o Legislativo o tenha feito, e mais, às expensas do erário. Assevera, ainda, que a Câmara não dispõe de capacidade autônoma na espécie, o que restringiria a exclusividade da representação judicial da Prefeitura, como um todo, aos Procuradores do Município.

Na força desses argumentos, busca a reforma do v. acórdão, com o fim de declarar-se a irregularidade da contratação ou obrigar-se a Câmara a demonstrar o cumprimento do objeto contratual.

Sobre o recurso em pauta manifestou-se, em primeiro lugar, a Assessoria Jurídica, apontando, a final, o caminho “do não conhecimento do recurso, sem mesmo análise do mérito, por falta de interesse jurídico”.

De sua parte, a Secretaria-Diretoria Geral, após historiar o ocorrido e aprofundar-se nas questões técnico-processuais postas nos autos, orientou-se, em razão da falta do interesse de agir, pelo não conhecimento do recurso interposto, ou, caso assim não seja, pelo seu não provimento, considerado prejudicado o pedido subsidiário formulado pela Recorrente.

É o relatório.

VOTO

Conforme apontado no relatório, este Tribunal, por uma de suas Câmaras, acolheu, à unanimidade, o Contrato nº 15/97, celebrado entre a Câmara Municipal de São Paulo e Diógenes Gasparini, para patrocínio da defesa da primeira na Ação Popular promovida por José Venerando da Silveira.

Como também já salientado, a contratação não decorreu de licitação, considerada inexigível, e tornou-se inafastável ante os impedimentos éticos sustentados pelo corpo jurídico de que o Legislativo dispõe.

Do relatado resulta, ainda, que a Recorrente, na fase instrutória, antecedente, portanto, ao acolhimento do ajuste, deixou de aduzir os argumentos que agora alinha de maneira inovadora, perfilhando, ao revés, o mesmo entendimento manifestado sem discrepância nos autos do processo.

Efetivamente, naquela oportunidade, a Procuradoria da Fazenda Municipal roborou as conclusões dos órgãos instrutórios, todas norteadas na direção do acolhimento do contrato.

Agora, na quadra recursal, a Douta Procuradoria mostra-se irresignada e oferece o recurso de fls. 60/67, com fundamento no permissivo do inciso III do artigo 45 da Lei nº 9.167/80.

Sua pretensão, no entanto, não merece guarida, conforme bem demonstrado nos pareceres elaborados pela Assessoria Técnica e pela Secretaria-Diretoria Geral, dos quais extraio os elementos de convicção que suportam o presente voto.

Preambularmente à apreciação do conteúdo do Recurso, urge o exame de uma série de requisitos impostos à possibilidade de impugnar o próprio ato decisório, formadores do denominado juízo de admissibilidade.

Da consideração individual dos pressupostos processuais, concluo que à Recorrente, malgrado o esforço e o empenho demonstrados em suas razões, falta o interesse de recorrer, um dos requisitos subjetivos de admissibilidade, vinculado indissoluvelmente à sucumbência.

Para enfrentamento desse tema, socorro-me do estatuído no artigo 499 do Código de Processo Civil, utilizado subsidiariamente por este Tribunal:

> *"O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público".*

Evidente que das duas últimas alternativas não se cogita neste processo, remanescendo, portanto, aquela relacionada à parte vencida.

A esse respeito leciona com precisão o festejado Sérgio Bermudes:

> *"Só se admite recurso interposto pela parte vencida, isto é, por quem teve interesse seu prejudicado com a decisão.*
> *A impugnação do vencedor, além de não ser lógica, é ineficaz, eis que a ele falta interesse de agir" (in Comentários ao Código de Processo Civil - Editora Revista dos Tribunais - Vol. VII - pag. 51).*

Essa posição encontra eco em nossos Tribunais, os quais, em decisões prevalecentes, têm sufragado o entendimento doutrinário.

Somente a título ilustrativo, relaciono a seguir dois arestos:

> *1-"Dispõe o art.499 do Código de Processo Civil que "o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público".*

Dai a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que" para recorrer, não basta ter legitimidade; é preciso também ter interesse (RT 471/167), e este decorre do prejuízo que a sentença ou o acórdão possa ter causado". (in RTJ - 104/781).

2- *"Como diz o Prof. José Frederico Marques, todavia, requisito indispensável de todo recurso é a existência de um prejuízo que a parte entenda lhe ter produzido o decisum contra o qual recorre. E o prejuízo deve conceituar-se como "a coisa ou o objeto em que a parte recorrente sucumbiu" (instituições de Direito Processual Civil, vol. IV, número 864).*

Ou, na frase incisiva de Sérgio Costa, ao tratar dos poderes de impugnação da sentença, legitimado ativamente para recorrer é o sucumbente (Manual di Diritto Processuale Civile, p. 437)". in (RTJ-71/749)

Afastado fica, também, o argumento sustentado pela Recorrente da indisponibilidade irrestrita de sua atuação, posto que no âmbito recursal, esse ditame, por óbvio, decorre da sucumbência. E nem poderia ser diferente. Vencedora no seu pleito, a obrigatoriedade de oferecimento de recurso pela Fazenda deixa de existir.

Ora, na hipótese dos autos, a sucumbência, considerada pelos doutrinadores como situação de prejuízo causado pela decisão e que legitimaria a interposição de recurso, não se encontra presente.

Na verdade, a Recorrente defendera o acolhimento do ajuste, no que foi atendida por este Tribunal. Dessa forma não há como ser reconhecida a presença do prejuízo, indispensável à preliminar legitimação do apelo.

Tal indispensabilidade vem reconhecida, expressamente, nas próprias razões da Recorrente, que à fl. 60 afirma:

"O cabimento é indiscutível porque, tratando-se da primeira impugnação (= recurso de tipo ordinário), não há mister de especificidade quanto ao fundamento legal: a causa jurídica do recurso é a própria situação de sucumbência..."

Essa afirmação, ainda que pudesse ser considerada correta no campo teórico, não teria aplicação nestes autos, eis que neles inocorreu a sucumbência, na medida em que, como já salientado, a manifestação dos partícipes foi totalmente consagrada por esta Corte.

Ademais, a hipótese de sucumbência circunscrita à fundamentação do acórdão defendida pela Recorrente não encontra amparo na doutrina e na jurisprudência pátrias. A matéria foi objeto de reflexão para ilustres

mestres, dentre os quais pontua José Carlos Barbosa Moreira, que em seus "Comentários ao Código de Processo Civil" Editora Forense, volume V, pag 239, leciona:

> *"Dai se tiram importantes corolários.*
> *O mais gritante deles costuma a doutrina formulá-lo dizendo que não legitima a interposição de recurso a simples discrepância entre as razões de decidir e os argumentos agitados pela parte; ou, em outras palavras, que só se admite recurso contra o dispositivo, e não contra a motivação".*

Para reforço dessa tese, invoco decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 79.455, publicada na Revista Trimestral de Jurisprudência, volume 72, às fls. 575/578, da qual pinço o seguinte trecho:

> *"A meu entender, a diretriz acertada encontra-se na decisão paradigma. Com efeito, se o Estado foi vitorioso na ação, embora vencido quanto a prejudicial do mérito exceção de coisa julgada, não tinha legitimo interesse para recorrer. Desde que não sofreu prejuízo, pois foi vencedor, claro que não poderia recorrer visando modificar <u>os fundamentos da sentença. O recurso justifica-se em razão do dispositivo e não da motivação".</u>*

De outra parte, os limites do debate e seu norte foram fixados de há muito no processo, sendo certo que a fundamentação do aresto guerreado decorreu de matéria amplamente discutida no curso da instrução, restando defeso a qualquer dos envolvidos inovar em sede recursal, sob pena, inclusive, de sério gravame às demais interessadas, que não teriam oportunidade de rebater a nova argumentação, em flagrante afronta aos mais elementares princípios de Direito.

Acresce, ainda, que a pretensão deduzida pela Procuradoria da Fazenda encontra óbices na preclusão, inegavelmente ocorrida.

Neste passo, valho-me da bem lançada conclusão da AT Jurídica, assim expressa:

> *"A evidência é inquestionável quanto ao acobertamento do julgado pela figura preclusiva, notadamente pelo relevante fato de que em seu pronunciamento antecedente manifestou-se a recorrente em sentido literalmente oposto ao fundamentado na sua peça recursal, não se concebendo a violação de princípio processual assecuratório da estabilidade, e da certeza do decisório - incorreu a recorrente na denominada preclusão lógica, definida como sendo a que decorre da incompatibilidade de um ato processual com outro já praticado.*

Assentado esse posicionamento de supremacia jurídica plena, "gratia argumentandi", recepcionar a tese da recorrente seria propiciar a reiteração descabida de novos e sucessivos pedidos, aviltando o inserto no artigo 473 do vigente Codex Processual."

A esses sólidos argumentos adito o pronunciamento do Professor Antônio Vital Ramos de Vasconcelos, que, ao cuidar do instituto da preclusão, em artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 616, págs. 16/23, concluiu resumida e magistralmente:

"A prática forense há de afeiçoar-se à sólida lição doutrinária e aos preceitos processuais indicados, sob pena de violação de princípio processual assecuratório da estabilidade e da certeza da decisão judicial acerca do objeto da atividade cognitiva."

Por fim, e ainda em sede preliminar, entendo que não procede a alegação de inconstitucionalidades, vislumbradas pela Recorrente na hipótese de trancamento do recurso, na medida em que os três direitos invocados foram devidamente respeitados nestes autos, ainda que, pelos óbices deduzidos neste voto, de sua aplicação não tenha decorrido o acolhimento da pretensão atual da douta Procuradoria.

Ante todo o exposto, concluo que o recurso em exame, malgrado o empenho que o qualifica, não reúne condições para ultrapassar a fase preliminar de admissibilidade, motivo pelo qual dele não conheço.

Assim encaminho meu voto.

TCM, 24 de Maio de 2.000.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.002.906.98-37, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, por não preencher os requisitos de admissibilidade.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, EURÍPEDES SALES e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de maio de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator