JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.003.429.95-00

Licitação – inexigibilidade – locação de equipamentos – acolhido o ajuste – aditivos – ausência de atestado da entidade equivalente ao produto – suplemento de compra e venda de máquinas – acolhido o termo de contrato – vencidos os Cons. Edson Simões e Eurípedes Sales – irregulares os TAs nºs. CO/TA 13.03/97 e CO/TA 7.06/97 – art. 25, inciso I Lei 8666/93 – conhecido e improvido o recurso da PFM

RELATÓRIO

Egrégio Plenário

Cuida o presente do julgamento dos Termos Aditivos **nºs. CO/TA 13.03/97, CO/TA 7.6/97** e, ainda, do termo que tratou da opção de compra do processador **nº CO/TA 15.02/99**, celebrado entre a Prodam e a IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

O contrato original foi julgado regular por esta Corte em 26.06.96, conforme V. Acórdão de fls. 91.

Os Termos Aditivos, ora em julgamento, objetivaram a substituição de equipamentos, prorrogações de prazos, modificação de índice de reajustes, acréscimo contratual, manutenção 24 horas, alteração de valor contratual e alteração de prazo.

O Termo de opção de compra constante da cláusula décima-sexta do contrato refere-se à possibilidade de aquisição da máquina CPU, originalmente locada.

AUD-II solicitou justificativas da Origem sobre não ter sido citada no CO/TA nº 13.03/97 a exclusão do item 05 da relação de equipamentos e o encaminhamento das cartas de exclusividade dos equipamentos incluídos pelos demais ajustes.

A PRODAM ofereceu as justificativas de fls. 290, concluindo AUD-II pela regularidade dos instrumentos, embora não tenham sido apresentadas as cartas de exclusividade para os novos equipamentos.

O Sr. Assessor Técnico da AT-Jurídica entendeu de forma contrária, uma vez que as cartas de exclusividade seriam indispensáveis à instrução do processo, nos termos do inciso I do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93.

A Subchefia da AT-Jurídica propôs a remessa do processado à Secretária de Informática, para que fosse esclarecido se os equipamentos incluídos estariam abrangidos pela declaração inicial (fls. 09 e 10).

A Secretaria de Informática manifestou-se, às fls. 305, concluindo:

> "Os equipamentos **Processador** e **Unidade de Disco** constam das Declarações apresentadas, porém, com especificação e modelo diferentes dos apresentados pelos novos equipamentos alocados. Já o equipamento denominado **Unidade de Controle** não consta das Declarações apresentadas."

Retornando o processo à AT-Jurídica, o Sr. Assessor Técnico ratificou suas conclusões anteriores.

A Sra. Assessora Subchefe, divergindo, entendeu não caracterizada a possibilidade de contratação para fornecimento e utilização de equipamentos necessários, parte pela IBM e parte por intermédio de outro fornecedor, opinando, assim, pelo acolhimento dos ajustes.

Por determinação da Nobre Conselheira Dra. Mariana Barbosa, o Sr. Assessor Chefe da AT-Jurídica manifestou-se, novamente, às fls. 315/318, concluindo que o acolhimento do contrato dera-se em 26 de junho de 1996, conforme acórdão de fls. 91, reconhecendo como regulares os termos do ajuste, e, implicitamente a Cláusula XVI – Opção de Compra do Contrato.

Conforme informação da Secretária de Informática acerca da exclusividade dos equipamentos substituídos, parte deles constava da declaração inicial de exclusividade da IBM, especialmente o Processador 9672, objeto da compra, donde poder-se-ia concluir que a hipótese de inexigibilidade de licitação estava presente no Termo CO-15/02/99, de forma a ensejar a proposta pelo acolhimento do ajuste.

Quanto aos Termos 13.03/97 e 7.6/97, reiterou seu posicionamento anterior, no sentido de que, embora alguns dos equipamentos não estivessem incluídos na declaração de inexigibilidade, a continuidade na prestação dos serviços a fim de se evitar prejuízos justificaria a proposta de relevação da impropriedade para acolher-se o ajuste.

No tocante aos erros materiais do índice de reajuste e da não-inclusão do item 05 da Relação de Máquinas, opinou pela sua correção.

O Órgão Fazendário opinou pelo acolhimento dos ajustes, observada as ressalvas apontadas às fls. 320.

SDG manifestou-se pelo acolhimento dos ajustes, à exceção da determinação de correção do termo aditivo, sugerido pela AT-Jurídica, em face do caráter meramente formal do erro relativo ao índice de acréscimo contratual, previsto na cláusula IV do TA 13.03/97, bem como por estar justificada, pela Origem, às fls. 290, a não-exclusão do item 05 da Relação de Máquinas, conforme informação da AUD, às fls. 294.

Por derradeiro, sugeriu Sua Senhoria eventual apenação do responsável pela não-exigência de atestado de exclusividade, visando justificar, oportuna e cabalmente, a inexigibilidade relativa aos novos equipamentos.

É o relatório.

VOTO

Acolho o Termo de Contrato denominado Suplemento de Compra e Venda de Máquinas IBM Instaladas **nº CO/TA 15.02/99**, com base na manifestação do Sr. Assessor Chefe da AT-J, onde restou demonstrado que o CO 15.02/99, que tratou da opção de compra do processador tipo 9672, Modelo R63, estaria incluído no Contrato – CO-21.03.95.

Entretanto, no que tange aos Termos Aditivos nºs **CO/TA 13.03/97 e CO/TA 7.6/97**, cumpre considerar:

A Lei Federal 8.666/93, em seu artigo 25, inciso I, estabeleceu a forma com que deverá ser comprovado que o interessado é fornecedor exclusivo na localidade do produto pretendido pela Administração.

Restou assentado que a forma é escrita, mediante atestado, que constitui documento emitido por pessoa certa e determinada, a qual assume, portanto, responsabilidade pelo que atesta.

O documento pode ser um atestado fornecido pelo órgão do registro do comércio do local, do sindicato, federação ou confederação patronal a que pertence o fornecedor ou, ainda, por entidade equivalente. Se, porém, nada disso for possível, basta uma declaração daquele que se pretende contratar, exarada sob as penas da lei, na qual reste afirmado que seu signatário é produtor, empresa ou representante exclusivo na localidade considerada.

Corrobora esse entendimento, o insigne Diógenes Gasparini, em sua obra Direito Administrativo, 8ª. Edição, Editora Saraiva, pág. 457.

Sendo assim, em se verificando que tais circunstâncias não se mostram presentes nos termos supradispostos, somado ao fato de que foi apontada pela Secretaria de Informática, às fls. 305, a ausência do referido atestado do equipamento denominado "Unidade de Controle", julgo-os irregulares. Não obstante, aceito seus efeitos, à vista do princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Plenário PAULO PLANET BUARQUE, 29 de janeiro de 2003.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Entendo que o meio adequado para a aquisição de peças e reposição de equipamentos sempre será a licitação, na modalidade pertinente ao valor estimado ou, em alguns casos especiais de fornecimento exclusivo, a inexigibilidade, porém, desde que se forneçam atestados de exclusividade, emitidos por quem tenha credibilidade.

Se a exclusividade restar comprovada, nada obsta à contratação direta; por outro lado, se não comprovada a exclusividade, é necessária a licitação, sob pena de ilegalidade da contratação.

No presente caso, a contratada forneceu as Declarações de Exclusividade de folhas 09/10, onde fez constar equipamentos de sua fabricação exclusiva para a finalidade de

viabilizar a contratação direta, portanto, tal documento não poderia deixar dúvidas sobre os referenciais ali contidos, visto que refletiam, na época, interesses públicos.

Ora, sempre que a Administração estiver diante de um atestado de exclusividade, além de buscar certificar-se de sua veracidade, deve confirmar que os equipamentos ali mencionados correspondam aos equipamentos adquiridos e os abranjam, na sua totalidade.

Dessa feita, não foi o que ocorreu, como constatado pela Secretaria de Informática. O equipamento denominado Unidade de Controle, constante nos Termos Aditivos números **13.03/97 e 7.06/97**, não consta da Declaração de Exclusividade fornecida e, quanto aos equipamentos, Processador e Unidade de Disco, deixaram dúvidas quanto às suas inclusões na abrangência da referida Declaração de Exclusividade.

Considere-se, ainda, que os equipamentos que não constam da Declaração de exclusividade representam, em valores absolutos, parte substancial do total da aquisição.

Outrossim, o fato de a contratada ser exclusiva no fornecimento de certa marca ou modelo de um produto não enseja, por si só, a inexigibilidade de licitação de que trata o inciso I do artigo 25 da Lei Federal número 8.666/93, fato que, pelo menos em tese, deveria provocar competição.

Isto posto, **JULGO IRREGULARES** os Termos Aditivos números **13.03/97 e 7.06/97**, ante a ausência de Declaração de Exclusividade, assim como **JULGO IRREGULAR** o Termo Aditivo número **15.02/99**.

Ainda, ante a irregularidade apontada, **APLICO** a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais) ao Ordenador da Despesa, com fundamento no inciso II do artigo 52 da Lei 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de janeiro de 2003.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO DE DESEMPATE

Objetiva o presente julgamento o exame de instrumentos aditivos a contrato, já acolhido pelo Tribunal, celebrado pela PRODAM e a IBM Brasil, tendo por objeto a locação de máquinas da área de informática.

Os Aditivos CO/TA 13.03/97 e CO/TA 7.06/97 introduziram modificações no ajuste original, tais como, exemplificativamente, substituição de equipamentos, prorrogação de prazo, alteração de valor contratual, modificação de índice de reajuste...

Os Srs. Conselheiros, por unanimidade, votaram pela irregularidade dos TAs de fls. 217/220 e de fls. 247/249, em face da não-apresentação de documento atestador de exclusividade do fornecedor, consoante prescrição da Lei 8.666/93 (art. 25, item I).

No entanto, o Conselheiro Relator, acompanhado pela Nobre Conselheira Maria do Carmo Dermenjian, aceitou seus efeitos, em face do princípio da estabilidade das relações jurídicas.

De outra feita, esses mesmos julgadores acolheram o instrumento CO/TA 15.02/99, fundamentados na manifestação do Sr. Assessor Chefe da AT-Jurídica, entendendo-o regular, à vista da cláusula XVI do ajuste original, que contemplava opção de compra após a sua vigência.

O Sr. Conselheiro Revisor, acompanhado pelo Nobre Conselheiro Eurípedes Sales, não acolheu este TA, sendo que, em voto isolado, o Conselheiro Edson Simões aplicou multa ao Ordenador da Despesa, tendo em vista matéria relacionada com os atestados de exclusividade.

O fundamento da rejeição teria residido na sucessão ocorrida aos termos precedentes, consoante regra constante do Código Civil então em vigor (art. 159).

Assim, avoquei os autos, nos termos regimentais, para desempate das seguintes questões: aceitação ou não dos efeitos jurídicos dos TAs CO/TA 13.03/97 e CO/TA 06/97 e acolhimento ou não do CO/TA 15.02/99.

Profiro, pois, meu voto, consoante segue.

Perfilho, “in totum”, a corrente do Conselheiro Relator.

Na esteira de anteriores julgados desta Corte, aceito os efeitos jurídicos dos instrumentos apontados no relatório deste voto, uma vez que a instrução dos autos me levaram à conclusão de ter sido acertada a contratação da IBM, em face da razoabilidade da continuação da prestação dos serviços pela mesma empresa, conforme aventado pela Sra. Assessora Subchefe da AT-J.

De outra feita, não se procurou complementar a instrução processual com a busca das necessárias informações, se a IBM possuía ou não comprovação de exclusividade dos equipamentos não constantes dos documentos carreados aos autos.

Igualmente, acolho o Aditivo CO/TA 15.02/99, em consonância com o voto do Relator e parecer do Sr. Assessor Chefe da AT-Jurídica, pelas razões neles expendidas.

É o meu voto.

São Paulo, 12 de fevereiro de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO, após determinação de Sua Excelência, na 2.076ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate.

Na referida sessão, votaram os Conselheiros MAURÍCIO FARIA - Relator, EDSON SIMÕES - Revisor, EURÍPEDES SALES e MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos do relatório e voto do Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Relator, bem assim pelo voto da Conselheira MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em acolher o termo de contrato denominado Suplemento de Compra e Venda de Máquinas IBM Instaladas nº CO 15.02/99, com base na manifestação do Senhor Assessor Chefe da Assessoria Técnica Jurídica desta Corte, na qual restou demonstrado que o CO 15.02/99, que tratou da opção de compra do processador tipo 9672, Modelo R63, estaria incluído no Contrato CO-21.03/95.

Vencidos os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor, nos termos do voto apresentado em separado, e EURÍPEDES SALES, que julgaram irregular o referido termo de contrato.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, considerando a infringência ao artigo 25, inciso I, da Lei Federal 8.666/93, bem assim o fato de que foi apontada pela Secretaria de Informática desta Corte, à fl. 305 dos autos, a ausência do atestado de exclusividade do equipamento denominado "Unidade de Controle", em julgar irregulares os Termos Aditivos nºs CO/TA 13.03/97 e CO/TA 7.06/97, e, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Relator e MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN, votando o Conselheiro Presidente ANTONIO CARLOS CARUSO para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em aceitar, não obstante, os seus efeitos, à vista do princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Vencidos, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor que, nos termos do voto apresentado em separado, não aceitou os efeitos dos referidos instrumentos e aplicou multa ao ordenador da despesa, bem assim o Conselheiro EURÍPEDES SALES, que também não aceitou os mencionados efeitos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES - Revisor, EURÍPEDES SALES e MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN.

Presente, nesta sessão, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, sem direito a voto, tendo em vista que o mesmo foi proferido pela Conselheira Substituta MARIA DO CARMO P. DERMENJIAN, na 2.076ª S.O.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Substituta MARIA HERMÍNIA P. P. S. MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 12 de fevereiro de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, objetivando a reforma de v. acórdão proferido pelo Pleno desta Corte, em 12 de fevereiro de 2003, que, por maioria, acolheu o Termo Aditivo nº CO/TA 15.02/99 e reconheceu os efeitos

dos Termos Aditivos nºs CO/TA 13.03/97 e CO/TA 7.06/97, estes últimos considerados irregulares, à unanimidade.

A Procuradoria da Fazenda Municipal em sua peça recursal, argumenta que todos os órgãos técnicos deste Tribunal manifestaram-se na fase instrutória pelo acolhimento dos aditivos julgados irregulares. Sustenta, ademais, que não se comprovou que os equipamentos substituídos pelos aditivos poderiam ser oferecidos por outros fornecedores e seriam compatíveis com os demais equipamentos, de forma a refutar a exclusividade e, também, que o contrato se exauriu pelo decurso do tempo, não havendo notícia de prejuízo ao Erário. Por fim, requereu o provimento do recurso, para acolhimento dos aditivos CO/TA 13.03/97 e CO/TA 7.06/97.

Em sua manifestação, a AT-Jurídica opinou pelo conhecimento do recurso interposto, haja vista que preenchidos os requisitos indispensáveis. No mérito, porém, entendeu que as razões manifestadas pela Recorrente não são suficientes para alterar o v. acórdão prolatado.

Em síntese, asseverou que o recurso só fez repetir que os órgãos técnicos desta Corte opinaram pelo acolhimento dos aditamentos e que não comprovaram que outro fornecedor poderia oferecer o equipamento. Acresceu que essa alegação não é suficiente para alterar o julgado: a uma, porque os pareceres dos órgãos técnicos foram considerados pelos nobres Conselheiros para a decisão, cabendo no momento à Fazenda demonstrar, expressa e concretamente, as razões que levariam à reforma do v. acórdão; a duas, porque o ônus da prova da inexigibilidade da licitação cabe à Administração, eis que suas decisões devem ser devidamente motivadas, não cabendo aos órgãos técnicos deste Tribunal comprovar e suprir as lacunas das contratações efetivadas por ela. Consignou, além disso, que o exaurimento do ajuste e a ausência de prejuízo ao Erário foram considerados pelos Conselheiros desta Corte, que aceitaram os efeitos dos aditivos firmados, ainda que os julgando irregulares.

A Secretaria de Fiscalização e Controle, em sua intervenção de fl. 363, concluiu, também, que os argumentos apresentados pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal não elidem a irregularidade consignada no v. acórdão recorrido.

De sua vez, a Secretaria-Diretoria Geral orientou-se no sentido do recebimento do recurso interposto, eis que preenchidos os necessários requisitos para sua admissibilidade. No mérito, todavia, sustentou que as razões deduzidas não devem ser acolhidas, pois repetem argumentação já enfrentada no relatório e voto embasadores da decisão atacada, não havendo elemento novo que justifique sua modificação.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, convencido do preenchimento dos requisitos de admissibilidade a tanto indispensáveis.

No mérito, no entanto, nego-lhe provimento. Assim decido por entender, como, aliás, largamente demonstrado no curso da instrução, que a Recorrente, malgrado o reconhecimento do empenho demonstrado, não alcançou desestruturar a decisão impugnada.

Na verdade, não procede o argumento, segundo o qual os órgãos técnicos desta Casa, a par de não terem evidenciado a possibilidade de oferecimento dos bens questionados por outros fornecedores, teriam referenciado o procedimento da Origem, opinando pelo acolhimento dos aditivos rejeitados.

Ora, como bem salientado pela AT-J, esses pareceres todos foram devidamente considerados por ocasião do julgamento, não sendo possível, portanto, ressuscitá-los, agora, sem qualquer acréscimo significativo.

Carente de solidez se oferece, também, a busca de reforma do julgamento sob a alegação do exaurimento do contrato, isso porque essa circunstância foi sopesada pela corrente vencedora por ocasião do julgamento, que, inclusive, por essa razão, aceitou os efeitos dos aditamentos assinalados.

Por esses motivos, aos quais agrego os pareceres oferecidos pela AT-J e pela SDG, entendo não ser pertinente qualquer alteração no v. acórdão recorrido.

É como voto.

TCM, 02 de junho de 2004.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso por presentes os requisitos de admissibilidade, e, no mérito, em negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA - Revisor, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de junho de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator