JURISPRUDÊNCIA

TC 003.580/97*66

RECURSO - AUSÊNCIA DE CULPA - VÍCIO DECORRENTE DE DOCUMENTO FALSO - VERIFICADO SOMENTO APÓS EXANERAÇÃO DO ORDENADOR DA DESPESA - ILÍCITO IMPUTADO INTEGRALMENTE AO CONTRATADO - CONHECIDO E PROVIDO O RECURSO - VOTO POR MAIORIA

RELATÓRIO:

Egrégio Plenário

Cuida-se da análise e julgamento dos TERMOS DE ADITAMENTO números 03/98, 04/98 e do TERMO ADITIVO, datado de 17 de abril de 1998, ao COMPROMISSO DE FORNECIMENTO número 03/97, firmado entre o SERVIÇO FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e a INDÚSTRIA DE URNAS BIGNOTTO LTDA., tendo por objeto o fornecimento de urnas e caixões, consoante especificações e preços consignados na ATA DE REGISTRO DE PREÇOS número 01/97.

O TERMO DE ADITAMENTO número 03/98 estabelece a prorrogação de vigência, a partir de 24/01/98, do precitado COMPROMISSO DE FORNECIMENTO, apresentando o valor de R$ 3.295.199,76 (três milhões, duzentos e noventa e cinco mil cento e noventa e nove reais e setenta e seis centavos). Objetiva o ADITIVO número 04/98 consignar a redução dos preços unitários dos itens 14 e 15 registrados, enquanto o ADITAMENTO datado de 17 de abril de 1998 fixa a prorrogação de vigência, a partir de 17/04/1998, da ATA DE REGISTRO DE PREÇOS número 01/97 (folhas 51/52, 55/56 e 96).

Por intermédio dos Acórdãos de folhas foram acolhidos o COMPROMISSO DE FORNECIMENTO número 03/97 e ADITIVOS datado de 14/06/97 e de número 02/97 (folhas 25 e 48).

Os instrumentos sob análise foram considerados regulares pelos Órgãos Técnicos e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, tendo sido os autos retirados de pauta para melhores estudos (folha 102), em razão de denúncia veiculada dando conta de que a INDÚSTRIA DE URNAS BIGNOTTO LTDA. apresentara certidão negativa de tributos estaduais inautêntica, no processo em que requerera a obtenção de renovação de seu registro cadastral junto ao Serviço Funerário do Município, com o qual participou da Concorrência número 01/97, que originou o COMPROMISSO DE FORNECIMENTO número 03/97 (folhas 86/90, 91, 99, 164, 101, 113, 162/163 e 165).

Cientificada de tais fatos, a Procuradoria da Fazenda Municipal indagou da Autarquia informações a respeito das eventuais providências que adotara visando à apuração de responsabilidades, em decorrência do desaparecimento do referido documento (folha 166).

A documentação anexada nos autos, extraída de processos do Serviço Funerário do Município, evidencia que a INDÚSTRIA DE URNAS BIGNOTTO LTDA., por ocasião

da Concorrência número 01/97, que gerou o Compromisso de Fornecimento número 03/97, não apresentava legítima condição de participar de licitações, por ostentar a condição de devedora do Fisco Estadual, débitos esses inscritos na dívida ativa do Estado de São Paulo, em ofensa ao inciso III do artigo 29 da Lei Federal número 8.666/93 (folhas 168/174, 191/197 e 201/295).

Está comprovado que a referida empresa demonstrou possuir situação de regularidade fiscal junto ao Governo do Estado de São Paulo, na aludida Concorrência, por intermédio de meios ilícitos, exibindo certidão de regularidade estadual inautêntica, motivo pelo qual o representante legal da empresa está sendo processado pela prática dos crimes descritos nos artigos 297 (falsificação de documento público), combinado com o artigo 71 do Código Penal, em curso perante a Vara Distrital de Cordeirópolis – Comarca de Limeira (folha 336).

Outrossim, está comprovado nos autos que a Comissão de Sindicância da Autarquia não conseguiu identificar o responsável pelo extravio da certidão inautêntica do processo que expediu o Certificado de Registro Cadastral (folha 286).

Pela prática de referidas ilegalidades, devidamente resguardado o direito de ampla defesa e do contraditório da INDÚSTRIA DE URNAS BIGNOTTO LTDA., foi a mesma declarada inidônea para licitar e contratar com a Administração, por despacho publicado no Diário Oficial do Município, de 29/05/2001, da Prefeita do Município de São Paulo, do qual não cabe mais recurso (folhas 295 e 315/330).

Em razão de todo o exposto, determinei o retorno do processo aos Órgãos Técnicos deste Tribunal e à Procuradoria da Fazenda Municipal, que reiteraram anteriores pronunciamentos no sentido do acolhimento dos TERMOS DE ADITAMENTO ao Compromisso de Fornecimento número 03/97, ora em julgamento (folhas 343/345, 365/366, 347 e 340/367).

Em resposta à indagação por mim formulada (folha 348), o Serviço Funerário do Município informou terem sido liquidadas todas as despesas efetivadas em favor da COMPROMISSÁRIA INDÚSTRIA DE URNAS BIGNOTTO LTDA., inexistindo quaisquer pendências, débitos ou prejuízo decorrentes do citado Compromisso de Fornecimento (folhas 348, 355/362).

É o relatório **(2.136ª S.O.)**.

VOTO:

Em razão do relatado, dúvida alguma subsiste sobre o ilegítimo comportamento da Indústria De Urnas Bignotto Ltda. ao se utilizar, na Concorrência número 01/97, de registro cadastral expedido pelo Serviço Funerário em processo no qual apresentara certidão de regularidade para o Fisco Estadual inautêntica, em ofensa ao inciso III do artigo 29 da Lei Federal número 8.666/93.

Não obstante haja este Tribunal julgado regular aludida Concorrência, conforme Acórdão de folha 25 do presente, datado de 01 de abril de 1998, é certo ter tido esta Corte conhecimento de que a Bignotto Ltda. não possuía legitimidade para ser habilitada na referida Concorrência, apenas com a conclusão da presente instrução processual.

Na hipótese dos autos, restou patente a ocorrência de vício de ilegalidade, afirmando a Autarquia, que em decorrência do comportamento ilegal da Compromissária, esta já foi punida administrativamente com a pena de inidoneidade achando-se impedida de licitar e contratar com a Administração Pública, estando, inclusive, sua Diretoria, sendo processada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pela suposta prática de ilícitos penais, conforme documento de folha 336 do processo.

Assim sendo, uma vez comprovado que os atos foram praticados sob a égide da ilegalidade, VOTO:

a) pelo Não-Acolhimento dos Termos De Aditamento números 03/98, 04/98, assim como do Termo Aditivo datado de 17 de abril de 1998, ao Compromisso De Fornecimento número 03/97, não aceitando seus efeitos financeiros;

b) à vista das irregularidades apontadas, Aplico ao responsável a multa de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80;

c) determino ainda, que se oficie à Origem no sentido de aprimorar seus procedimentos administrativos licitatórios a fim de se evitar ocorrências desse tipo no futuro.

d) oficie-se ao Juízo da Vara Distrital de Cordeirópolis, Comarca de Limeira/São Paulo, com cópia desta decisão, face a Ação Penal Pública Número 115/97 em trâmite naquela Vara;

e) oficie-se também ao Ministério Público Estadual, com cópia desta decisão **(2.138ª S.O.)**.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de março de 2004.

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Da instrução processual restou constatado que houve vício no julgamento da licitação, que implicaria na alteração de seu resultado, uma vez que o ato praticado pela empresa contratada, ao apresentar certidão negativa de débito inautêntica junto à Fazenda Pública Estadual à época da habilitação, induziu a Comissão de Licitação a erro, pois não detinha legitimidade para ser habilitada na Concorrência nº 001/97, viciando a contratação dela decorrente, não só pela apresentação de documento falso, o que por si só seria motivo suficiente para a inabilitação, mas também porque referida atitude resultou na inversão do resultado da classificação das empresas habilitadas, trazendo vantagens à contratada em prejuízo aos demais licitantes em flagrante descumprimento ao disposto no artigo 50 da Lei 8.666/93, impondo-se a decretação da nulidade do contrato, com os respectivos efeitos jurídicos previstos na lei.

Embora referido vício tenha sido conhecido apenas posteriormente, encontrava-se presente à época da contratação, tratando-se de vício insanável e impassível de convalidação, que necessariamente deve resultar na decretação da nulidade do contrato que deu ensejo aos Termos de Aditamento subseqüentes.

Tal premissa se impõe para a análise dos ajustes em julgamento, já que o vício que os maculam situa-se nos atos administrativos que os precederam (licitação e contrato) e que por não terem sido anulados, embora inválidos, encontram-se vigentes surtindo seus efeitos de direito.

Entretanto, torna-se imperativo o reconhecimento da irregularidade dos ajustes porque fundados em contrato nulo, impondo-se, para tanto, a revisão dos atos administrativos que os precederam, razão pela qual no exercício do dever-poder de autotutela a Administração Pública deveria ter decretado a anulação do Certame nº 01/97, do Contrato nº 03/97 dele decorrente e dos TA´s 01 e 02/97, já que a anulação dos atos ilegais é dever da Administração Pública.

Por oportuno, abordaremos ainda que de forma perfunctória a questão atinente à preclusão do prazo para a Administração rever os atos.

O assunto comporta ampla discussão em decorrência da fixação de prazos nas leis federal (Lei Federal nº 10.177/98, artigo 10: 'A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: I – ultrapassado o prazo de 10 anos contados de sua produção'.) e estadual (Lei Estadual nº 9.784/99, artigo 54: 'O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.') de processo administrativo, bem como do entendimento da jurisprudência majoritária estabelecida anteriormente à edição das referidas leis, no sentido de que ocorre a prescrição no prazo de cinco anos, na ausência de fixação em norma específica, contados do conhecimento dos fatos, para a revisão dos atos administrativos, em prestígio ao princípio da segurança das relações jurídicas, em contraposição à tese que defende a impossibilidade da imposição de prazos para a revisão de atos ilegais em decorrência do princípio da legalidade e autotutela.

Resta lembrar que a lei estadual ressalva a má-fé, e embora tal lei não se aplique no âmbito municipal, deve servir de parâmetro para interpretações atinentes às questões voltadas ao processo administrativo no âmbito municipal.

Não obstante, temos que no presente caso, não há necessidade de maior aprofundamento sobre o tema, pois há de se considerar que embora o contrato tenha sido celebrado em 24/04/97, a efetiva constatação do vício decorrente de documento falso na fase habilitatória do certame só se deu em 09/08/99, quando a Comissão ofereceu relatório em sindicância instaurada para apuração da irregularidade denunciada pela imprensa, concluindo pela veracidade da denúncia e confirmando a condição irregular da empresa contratada, afastando-se assim qualquer discussão acerca da prescrição, ainda que qüinqüenal.

Em manifestação datada de 17/04/01, que deu respaldo ao despacho assinado pela Senhora Prefeita, datado de 24/05/2001 aplicando a pena de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública à Indústria de Urnas Bignotto Ltda., verifica-se a afirmação da manifesta má-fé por parte do contratado.

Referido despacho, em seu item II determinou o encaminhamento dos autos ao Serviço Funerário do Município de São Paulo para as demais medidas pertinentes ao caso em exame, e não consta qualquer providência quanto à anulação do certame licitatório e contrato decorrente. Acreditamos que em face dos preceitos legais que regem a matéria,

o ressarcimento das despesas decorrentes da licitação, respectivo contrato e Termos Aditivos nºs 01/97 e 02/97, se impõe, sendo, contudo, imprescindível a prévia anulação dos atos.

Os efeitos da anulação devem seguir o estabelecido na Lei Geral de Licitações, mais especificamente nos artigos 49, § 1º, 59 e seu parágrafo único, quando dispõem que a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera a obrigação de indenizar, exceto pelo que já foi executado até a data de sua declaração, desde que a responsabilidade não lhe seja imputável, quando deverá ser promovida a responsabilização de quem lhe deu causa.

Todos os elementos dos autos demonstraram de forma cabal que o vício não decorreu da ação da Administração Pública, mas de ato ilícito praticado pelo contratado, impondo-se a necessidade de sua responsabilização.

Referida responsabilização não se exaure no âmbito administrativo e penal, como se deu no caso. Resta, como apontou a Assessoria Técnico Jurídica, a necessidade da reparação civil.

Conforme lição de Jessé Torres Pereira Júnior 'se a declaração de nulidade sobrevier à execução integral do contrato, a remuneração acordada será devida se a causa da nulidade não for imputável ao contratado, caso contrário, este terá direito ao pagamento de importância correspondente apenas ao custo do que executou, excluída a parcela remuneratória do preço.'(Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública – 6ª edição, pág. 59.)

Percebe-se que a diretriz apontada pelo citado jurista protege o custo do que foi executado, na medida em que exclui somente a parcela remuneratória da composição do preço contratado, afastando o enriquecimento ilícito por parte da contratante.

Isto posto, acompanho o voto do relator para julgar irregulares os Termos Aditivos 03/98 e 04/98, e DETERMINO que a Origem instaure o competente procedimento para proceder a revisão dos atos eivados de vícios insanáveis, quais sejam, o Certame Licitatório nº 01/97, o Compromisso de Fornecimento nº 03/97 e demais ajustes decorrentes do contrato, declarando-os nulos e conseqüentemente promova as medidas competentes para a cobrança da parcela remuneratória correspondente ao lucro decorrente da contratação.

Plenário Cons. Paulo Planet Buarque, 17 de março de 2004 **(2.140ª S.O.)**.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Edson Simões – Relator, após vista que lhe fora concedida, na 2.140ª S.O., quando votaram os Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria, com os votos anteriormente proferidos pelos Conselheiros Edson Simões – Relator e Eurípedes Sales – Revisor, na 2.138ª S.O.

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 acolher os

Termos de Aditamento 3/98 e 4/98, assim como o Termo Aditivo, datado de 17 de abril de 1998, ao Compromisso de Fornecimento 3/97, não aceitando seus efeitos financeiros.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões – Relator, Eurípedes Sales – Revisor e Roberto Braguim, à vista das irregularidades apontadas, acerca do vício de ilegalidade, em aplicar, ao responsável, a multa no valor de R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, afinal, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar que se oficie à Origem, no sentido de que a mesma aprimore seus procedimentos administrativos licitatórios, a fim de se evitar, no futuro, ocorrências como as apontadas nos autos, bem como ao Juízo da Vara Distrital de Cordeirópolis, Comarca de Limeira/São Paulo, com envio de cópia do presente Acórdão, em face da Ação Penal Pública 115/97, em trâmite naquela Vara, e ao Ministério Público Estadual, com envio de cópia da referida decisão.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de março de 2004. a) Antonio Carlos Caruso – Presidente; a) Edson Simões – Relator.

RECURSO VOLUNTÁRIO

Voto em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões: Conheço do recurso interposto, eis que presentes os seus requisitos de admissibilidade. Contudo, no mérito, VOTO pelo seu NÃO-PROVIMENTO, uma vez que inexistem novos elementos capazes de justificar a reforma da decisão combatida que, por sua vez, deverá ser mantida integralmente.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de novembro de 2006.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em de grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Edson Simões, após vista que lhe fora concedida na 2.294ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Eurípedes Sales – Relator e Maurício Faria – Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer do recurso interposto, por preencher os requisitos legais para a sua admissibilidade.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, Maurício Faria – Revisor e Roberto Braguim, quanto ao mérito, em dar provimento ao apelo, para o fim de cancelar a multa aplicada ao recorrente, uma vez que a documentação somente foi constatada após a sua exoneração e o ato ilícito praticado foi de responsabilidade da empresa contratada. Vencido, neste particular, o Conselheiro Edson Simões que, consoante voto apresentado em separado, negou provimento ao recurso, entendendo não terem surgidos novos elementos capazes de justificar a reforma da decisão combatida, devendo esta ser mantida integralmente.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Revisor, Edson Simões e Roberto Braguim.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 08 de novembro de 2006. a) Antonio Carlos Caruso – Presidente; a) Eurípedes Sales – Relator.