JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.004.120.99-53

Aditamentos – ausência de pesquisa prévia de mercado – constatação de promoção pessoal em algumas das publicações – preço praticado em comparação ao contrato posterior – extemporaneidade das certidões negativas previdenciárias, fundiárias e relativas a tributos municipais – julgamento convertido em diligência – defesa do superintendente do IPREM – julgado regulares os termos aditivos – (vide TC nº 72.006.610.00*09)

Relatório

Após relatado o presente processo na Sessão Ordinária, em data de 15/10/03, o Conselheiro Roberto Braguim, na fase de discussão, solicitou 'vista' dos autos, o que foi deferido.

Na Sessão seguinte, quando da devolução do processado ao Plenário, propôs, em preliminar, a transformação do Julgamento em diligência, com fundamento no artigo 167 do Regimento Interno desta Corte, para o fim de que, encaminhando-se o expediente à Subsecretaria de Fiscalização e Controle, fossem promovidas as seguintes providências:

1) proceder à equalização dos serviços, apontando eventuais diferenças concernentes à qualidade e quantidade dos serviços prestados, comparativamente aos atuais ajustes;

2) verificar variações bruscas no mercado, no período que intercalou os antigos e os atuais contratos;

3) estimar eventual prejuízo sofrido pelo **IPREM** – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo, na contratação antiga, em face do que for apurado;

4) prestar quaisquer outras informações ou esclarecimentos, concernentes ao preço dos serviços, à vista do quadro comparativo de folha 295.

A propositura em apreço foi, na íntegra, referendada pelo Plenário.

Em cumprimento ao decidido em questão, foi determinada a realização de **INSPEÇÃO**, visando ao atendimento às finalidades nela especificadas.

No relatório produzido às folhas 430 a 434, o Órgão Técnico concluiu, no que diz respeito à equalização dos serviços e apontamento de eventuais diferenças, comparativamente aos atuais ajustes, que o objeto do Contrato anterior, número **11/99**, difere dos

atuais de números **13/01** e **14/01**, por prever, a mais, a realização dos serviços de edição do jornal e desenvolvimento de todos os projetos necessários nas áreas de relações públicas.

No que se refere às variações do mercado, no período que intercalou os antigos e os atuais Contratos, apontou a desvalorização cambial ocorrida em janeiro de 1999, gerando pressão sobre os preços dos insumos usados pela indústria gráfica. Informou não haver menção a reduções no custo dos insumos utilizados, aptas a justificar redução nos preços finais praticados.

Na apuração do prejuízo sofrido pelo **IPREM** – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo, em função dos valores estabelecidos no Contrato número 11/99 e seus Aditivos, concluiu que o montante encontrado foi de R$ 1.755.230,52 (um milhão, setecentos e cinqüenta e cinco mil duzentos e trinta reais e cinqüenta e dois centavos) (folhas 430/434).

O Superintendente do **IPREM** – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo apresentou defesa alegando, em resumo, que o preço consignado nos Aditamentos é o mesmo fixado na Concorrência e no ajuste dela decorrente, já analisados e julgados pelo Tribunal sem qualquer questionamento. Disse mais: que o Contrato derivou de regular procedimento licitatório, precedido de pesquisa de mercado, não cabendo, neste momento processual, apontar a existência de prejuízo. Sustentou, ainda, que, quando da formalização dos Termos Aditivos, foi realizada pesquisa de preços mediante consulta telefônica, na forma do disposto no parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto 28.714/90, e foram mantidos os valores do contrato original, apesar das variações cambiais constatadas. E, quanto à comparação de preços efetivada, justificou não ter havido homogeneidade nos dados comparados tanto no aspecto temporal (épocas e mercados distintos) quanto no material (objetos diversos), sendo o da contratação anterior muito mais amplo e com exigências e especificações próprias. Ponderou, por derradeiro, que os Órgãos Técnicos da Autarquia observaram os requisitos e condições para a prorrogação do ajuste (folhas 439/446).

A Auditoria, em nova manifestação, reiterou as conclusões anteriormente alcançadas (folhas 450/451).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em abrangente e judicioso parecer, inserto às folhas 455 a 464, discordou do posicionamento da Auditoria, por entender que, quando a Corte de Contas prolata uma decisão, da qual não caiba mais recurso, tem-se a imunização dos efeitos do caso julgado contra novas resistências, porque busca a estabilidade das decisões e, através dela, a segurança nas relações jurídicas.

No caso dos autos, disse a Assessora: "temos uma decisão que julgou regular o contrato ajustado (inclusive seu preço), derivado de licitação, na modalidade concorrência, e que já operou todos os efeitos de direito, por ter transitado em julgado. Em duas prorrogações, sem alteração de preço, foi o ajuste aditado, sendo esses dois instrumentos o objeto da presente análise. Ocorre que foram suscitados questionamentos a respeito do preço pactuado, tendo os "experts" desta Corte, a partir de comparações com o atual Contrato celebrado pela Origem, concluído que as prorrogações do ajuste, já julgado, seriam irregulares, por praticarem preço fora do mercado, ocorrendo prejuízo ao erário na ordem de R$ 1.755.230,52 (um milhão, setecentos e cinqüenta e cinco mil duzentos e trinta reais e cinqüenta e dois centavos)."

Contraditando essa argumentação, a parecerista enumerou as razões que entendeu fundamentais ao seu posicionamento contrário. São elas:

"1) A Origem celebrou contrato em decorrência de regular procedimento licitatório, tendo comprovado a realização de pesquisa de preços à época.

2) Por ocasião dos Aditamentos, foi mantido esse valor e realizada nova pesquisa pela via telefônica, conforme previsto no Decreto Municipal número 28.714/90, vigente à época e recepcionado pelo Regulamento atualmente em vigor (Decreto 44.279/03 – artigo 4º).

3) Quando se comparar preços com o objetivo de aferir não só sua compatibilidade com os do mercado, mas também sua exeqüibilidade e outros aspectos pertinentes ao fator 'custo' das contratações, devem ser observadas duas condições básicas: a) que os objetos pretendidos sejam homogêneos, pois coisas diferentes não podem ser confrontadas, quer qualitativamente, quer quanto ao seu custo ou preço; b) o mercado a ser consultado é o da época da contratação, nem antes, nem depois.

4) Com relação à comprovação dos objetos contratuais, o do antigo contrato e do novo, os "experts" da auditoria reconheceram que são diferentes, porém, ao pretenderem equalizá-los, cometeram um equívoco, porque embutiram no preço equalizado a remuneração de um servidor público que, para eles, seria o valor equivalente à diferença de preços."

Entendeu, como fecho de sua manifestação, que a equalização intentada não se presta como prova de identificação de objetos, com a finalidade de cotejo de preços e, sendo certo que a Origem cumpriu a legislação nessa contratação, opinou pela regularidade dos Termos de Aditamento números **1/00** e **2/00**, conclusão essa que foi endossada pelas Chefia e Subchefia da Assessoria Técnica de Controle Externo (folhas 455/467).

A Procuradoria da Fazenda, em parecer de folhas 469 a 472, sustentou que "o contrato aludido foi fruto de regular procedimento licitatório, realizado na modalidade mais ampla, sendo que, nas prorrogações realizadas, não houve alteração do preço pactuado. Todavia, cinco anos após o ajuste pretendem os Senhores Técnicos dessa Colenda Corte reabrir a discussão acerca dos preços pactuados, cotejando-os com outros, referentes a um objeto com características distintas daquelas que constam no contrato sob comento."

Finalizando, opinou, na esteira das conclusões alcançadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, pelo acolhimento dos Termos de Aditamento sob análise (folhas 469/472).

A Secretaria Geral, da mesma forma, discordou da Auditoria ao afirmar, às folhas 476 e 477, que "De fato, os questionamentos suscitados a partir das comparações efetuadas não me parecem procedentes, posto que a pesquisa de preços deve ser investigada segundo as condições vigentes à época do ajuste, o que não ocorreu na hipótese examinada. Ademais, o objeto da contratação anterior era mais amplo e com especificidades próprias, conforme ponderado na defesa oferecida, não se comprovando o apontado prejuízo ao erário."

Por essas razões, concluiu pelo acolhimento dos Termos de Aditamento números **01** e **02/00**, sem embargo das determinações entendidas cabentes (folhas 474/477).

É, em síntese, o relatório complementar àquele incluso às folhas 414 e 415, tendo em vista a transformação do julgamento em diligência.

É o relatório.

Voto

Com fundamento nas razões expressadas pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, pela Procuradoria da Fazenda e pela Secretaria Geral, que passam a fazer parte integrante do presente Voto, restou demonstrado que, relativamente à aventada promoção pessoal do ex-Superintendente nos boletins editados pela Autarquia, a impugnação de infringência ao artigo 37, inciso XXI, parágrafo 1º, da Constituição Federal encontra-se totalmente superada à vista da Decisão definitiva proferida pela Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (folhas 340 a 348), que julgou improcedente o ato de improbidade administrativa a ele imputado.

Relativamente à extemporaneidade das certidões negativas, ressalta-se que, embora a documentação não tenha sido verificada previamente à formalização dos ajustes, a apresentação posterior desses documentos, pelas empresas, comprovaram que a situação de regularidade fiscal das mesmas, frente à Municipalidade e aos Órgãos Federais gestores das contribuições sociais, descaracterizaram a ilegalidade que se apresentava patente, consoante assim decidiu o Plenário em Julgados proferidos em casos da espécie.

Quanto às impugnações que foram apontadas a partir das diligências requeridas pelo Conselheiro Roberto Braguim, em preliminar de julgamento dos Termos Aditivos números **1/00** e **2/00**, salienta-se que a alegada impropriedade pertinente à falta de pesquisa prévia de mercado encontra-se esclarecida no bojo dos autos, em razão da fundamentação que se apoiou no reconhecimento de que os Aditamentos sob exame foram firmados pelo valor do Contrato principal, dentro dos limites legais de reajuste de preços e de extensão de prazo, assim como celebrados mediante regular processo licitatório, que adotou como critério de julgamento o de menor preço. Reforça, ainda, a transparência desse procedimento o fato de ter o Administrador realizado pesquisa telefônica com amparo no Decreto 26.950/88, alterado pelo de número 28.714/90, vigentes à época da lavratura dos ajustes, e, atualmente, pelo Decreto 44.279/03, visando atender ao exigido pela lei de regência.

Ademais, consoante bem apregoado pela Assessoria Jurídica, à folha 461, com apoio nas lições do renomado jurista Celso Antonio Bandeira de Melo, "somente as coisas iguais podem ser cotejadas, e o mercado a ser consultado é o da época da contratação, nem antes, nem depois".

A Origem, consoante restou patente nestes autos, observou corretamente a legislação aplicável à espécie, quando da formalização dos Aditivos em análise.

Com relação à comprovação dos objetos contratuais, consubstanciados no Contrato número **11/99** (antigo) e nos novos ajustes (**13/01** e **14/01**), e que os técnicos desta Corte reconheceram ser diferentes ao pretenderem equalizá-los, equivocada também essa pretensão, posto que se trata de comparação de mercados e de épocas diferentes. Ou, como exposto pela Assessoria Jurídica, à folha 463, quando tratou do assunto:

"Com relação à comprovação dos objetos contratuais, o do antigo contrato e do novo, os "experts" reconhecem serem diferentes e ao pretenderem equalizá-los cometem, "data venia", um equívoco, pois embutem no preço equalizado a remuneração de um servidor público que, a seu ver, seria o valor equivalente à diferença de preços. (...)

Desse modo, a equalização intentada não se presta, como prova de identificação de objetos, para o fim de cotejo de preços".

Essa assertiva também foi acolhida pela Procuradoria da Fazenda, em seu pronunciamento de folha 470, ao expor que a contratação em apreço foi fruto de regular procedimento licitatório, sendo que as prorrogações realizadas não tiveram o condão de alterar o preço pactuado, recebendo com surpresa a pretensão da Auditoria em reabrir, após cinco anos, a discussão sobre os preços acordados, cotejando-os com outros e referentes a um objeto com características distintas daquelas que constam no Contrato em comento.

Sobre eventual prejuízo sofrido pelo **IPREM** – Instituto de Previdência Municipal de São Paulo, em função dos valores estabelecidos no Contrato número **11/99** e seus Aditivos, consoante apregoado pela Auditoria, pergunta-se:

O preço ajustado no Contrato número 11/99, que foi considerado regular por decisão do Colegiado, com trânsito em julgado, pode ser impugnado a qualquer tempo em razão de confronto com ajuste celebrado posteriormente?

Essa resposta se encontra na conclusão exposta pela Assessoria Jurídica, no sentido de que, "não tendo surgido fatos novos, supervenientes, após a decisão do Plenário, que venham a demonstrar situação de ofensa ao princípio da economicidade, da moralidade e da probidade administrativa, o aludido Aresto estará acobertado pela coisa julgada que o torna imutável e indiscutível quanto ao que por ele foi estabelecido". No caso dos autos, a Decisão que aprovou o Contrato número **11/99** fundou-se na hipótese de que o referido ajuste foi fruto de regular procedimento licitatório, realizado na modalidade mais ampla e, no que respeita às prorrogações formalizadas, não houve alteração do preço pactuado.

Por tais razões, não há nos autos elementos capazes de derrubar os efeitos da coisa julgada e nem de abalar sua função primordial, que é fazer valer o princípio da segurança jurídica, consoante bem demonstrado nos abalizados pareceres (folhas 455 a 477).

À vista do exposto e mais do que dos autos consta, **JULGO REGULARES** os **TERMOS DE ADITAMENTO** números **1/00** e **2/00**, sob exame.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de abril de 2005.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

Voto em separado

Permito-me, "data venia" dos meus nobres pares, divergir dos votos já proferidos, que julgaram regulares os aditivos em exame, em face das colocações adiante desenvolvidas.

Entretanto, entendo prudente esclarecer, desde logo, que neste segmento processual não se está revendo o precedente julgamento que acolheu o Ajuste originário 11/99, oriundo da Concorrência 01/99, e determinou o acompanhamento da execução contratual (fl.

215), **mas os Termos Aditivos 01/2000 e 02/2000**, aquele prorrogando o prazo por mais 6 (seis) meses, e este por mais 1 (um) mês, sem modificação do preço contratual inicial, ainda em clima de julgamento, e, portanto, não atingido pela preclusão administrativa, também chamada de coisa julgada formal, matéria sobre a qual me deterei ao longo da exposição deste voto.

Na diligência realizada, determinada por este Egrégio Plenário, a Auditoria apurou, mercê dos levantamentos, estudos, pesquisas e comparações, o prejuízo nominal de R$ 1.755.230,58 (um milhão, setecentos e cinqüenta e cinco mil duzentos e trinta reais e cinqüenta e oito centavos) durante todo o período de contratação (19 meses), de acordo com os cálculos demonstrados às fls. 430/434, que dá uma média mensal de R$ 92.380,55 (noventa e dois mil trezentos e oitenta reais e cinqüenta e cinco centavos).

Em nova defesa, das tantas que já apresentou neste pleito, o ex-Superintendente do IPREM questiona a validade e eficácia daquela investigação, argumentando com a definitividade do julgamento desta Casa aprovando o Contrato IPREM 11/99, na conformidade do v. Acórdão de 20.09.2000, projetado à fl. 215, e com a regularidade formal dos Aditamentos em testilha, os quais foram precedidos de prévia pesquisa telefônica, consoante o permissivo do artigo 2º, § 3º, do Decreto 28.714/90.

Aduziu, ainda, na sua justificativa, que as conclusões alcançadas pela Auditoria partiram de premissas falsas, pela impossibilidade de se fazer comparações louvadas em pesquisas de mercados diferentes e objetos distintos (fls. 439/446).

Num primeiro plano, a coisa julgada administrativa, invocada pelo defendente, dirige-se ao Contrato primitivo 11/99, em face do v. Acórdão de fl. 215, dando-lhe guarida, e não aos instrumentos aditivos, que prorrogaram a avença por 06 (seis) e 01 (um) mês, sucessivamente, sem alteração de preço (fls. 233/234 e 250/251).

De outro lado, a coisa julgada administrativa, sob cujo pálio se sustenta a pretensão do defendente, traz como conseqüência, sem dúvida, a imutabilidade de seus efeitos, tornando-a obrigatória para a Administração, ressalvados os casos de revisão ou de rescisão nas situações legais expressamente admitidas.

Entretanto, como doutrina, o pranteado Profº Hely Lopes Meirelles, em sempre lúcida lição:

"**a denominada** *coisa julgada administrativa*, **que, na verdade**, **é apenas uma** *preclusão de efeitos internos*, **não tem o alcance da** *coisa julgada judicial*, **porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao** *ato jurisdicional administrativo* **aquilo que os publicistas norte-americanos chamam de** *"the final enforcing power"* **e que se traduz livremente como o** *poder conclusivo da Justiça Comum*. **Esse poder, nos sistemas constitucionais que não adotam o** *contencioso administrativo*, **é privativo das decisões judiciais"** (DAB, 29ª edição: 2004, Malheiros Editores, pág. 655, nº XI – 3.2.3.6).

É ainda o mestre que remata:

"Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa ou a irretratabilidade do ato perante a própria administração. É a sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece

imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público. A Lei 9.784/99, como já acentuado, determina que se respeitem os efeitos da preclusão administrativa, mas é conseqüência da preclusão das vias da impugnação interna (recursos administrativos) dos atos decisórios da própria Administração. Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial" (pág. 656).

Em suma, a coisa julgada administrativa é apenas de caráter formal e não material, no sentido de que ela acarreta a preclusão de direitos no processo onde foi proferida, restringindo-se, portanto, a definitividade de seus efeitos ao âmbito interno da Administração, uma vez que, segundo a regra do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nenhuma lesão ou ameaça de direitos fica invulnerável à apreciação do Poder Judiciário.

Além disso, a preclusão administrativa opera seus efeitos em relação a terceiros ou em relação a seus destinatários, e jamais para a própria Administração, que tem o poder-dever de rever seus próprios atos quando constatada qualquer lesão ao Erário ou violação aos princípios básicos que comandam toda atuação da máquina administrativa e de seus agentes, expressos no artigo 37 da Magna Carta.

É o que explica, com bastante lucidez, a Profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em artigo publicado sob o título "Coisa Julgada – Aplicabilidade às Decisões do Tribunal de Contas da União", na Revista do Tribunal de Contas da União, outubro/dezembro 1996, pág. 23/36:

"Mesmo nesse aspecto, não se pode cogitar do mesmo rigor que existe em relação à coisa julgada formal, no âmbito do Poder Judiciário. Na esfera administrativa, não deve e não pode haver o mesmo rigor quanto ao cabimento de impugnações, mesmo que extemporâneas ou não previstas expressamente em lei, ou apresentadas quando já exaurida a via administrativa. De um lado, porque a Administração Pública, estando vinculada ao princípio da legalidade, tem o poder-dever de rever os atos ilegais (poder de autotutela) independentemente de petição do interessado; de outro lado, porque, estando os seus atos sempre sujeitos à apreciação pelo Poder Judiciário, a sua insistência em manter um ato ilegal, apenas porque ocorrida a preclusão administrativa, acaba sendo mais prejudicial para o interesse público, porque a sujeitará aos ônus de um processo judicial. Esta é uma das razões que justificam o maior informalismo dos procedimentos administrativos, inclusive no que diz respeito aos recursos administrativos. Por outras palavras, mesmo ocorrida a preclusão administrativa, se a autoridade se convencer da ilegalidade do ato, ela pode e deve anulá-lo, se ainda não tiver ocorrido a prescrição na esfera judicial".

Não é outra a análise feita pela douta Assessora Técnica, Magadar R. Costa Briguet, ao assinalar que:

"Não obstante a existência da garantia constitucional da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI) – cuja aplicação se estende às decisões dos Tribunais de Contas, pelo exercício da jurisdição administrativa, o valor desse cânone constitucional, bem assim o da segurança das relações jurídicas, não são absolutos e podem ceder passo, por exemplo, quando se constata, comprovadamente, que a decisão tisnou outros valores de primeiríssima grandeza, qual seja, o da economicidade, moralidade e probidade administrativa.

Assim, não se pode acobertar, com o manto da coisa julgada, uma decisão que eterniza uma situação lesiva ao erário, sob pretexto de evitar a eternização das incertezas" (fls. 459).

Por esse motivo, entendo que é sempre possível a esta Corte rever, de ofício, suas próprias decisões quando constatar, supervenientemente, a ilegalidade ou a lesividade do ato julgado, enquanto não se consumar a prescrição da ação para defesa de direitos junto ao Poder Judiciário.

Sem embargo, no cumprimento da diligência ordenada por esta Corte, a Auditoria procedeu à análise criteriosa dos dados levantados nos processos que cuidaram da contratação dos serviços gráficos, focalizando aspectos relativos a preços e serviços, pesquisas junto a Abigraf, comparações dos objetos e preços, concluindo por estimar o prejuízo significativo de R$ 1.755.230,52, em valores nominais, ao cabo dos 19 (dezenove) meses de duração dos ajustes com o consórcio 'Graphis Editorial e Gráfica Ltda. e FYI Assessoria de Comunicação S/C Ltda.' (fls. 430/434), merecendo o aval do Secretário da Fiscalização e Controle (fl. 435).

Por isso, não procede, "venia concessa", a crítica da defesa de que as comparações realizadas por aquela Unidade partiram de premissas falsas. A uma, porque foram elas efetuadas com elementos seguros, colhidos em estudos e pesquisas, e mercê da equalização dos objetos e homogeneização dos preços para as épocas consideradas. Esse critério é perfeitamente admissível na técnica avaliatória, quando se quer estabelecer estimativas distanciadas no tempo. A duas, porque não há diferenças fundamentais entre os informativos editados pelo consórcio e aqueles impressos por força dos Contratos 13/2001 e 14/2001 (fls. 286/290 e 291/294), como se apura do confronto do exemplar de fls. 296/297 e aqueles encartados ao apenso que acompanha este TC, de sorte que não prospera a alegação de uma concepção melhor e mais refinada daqueles informativos.

Sabe-se, pelas máximas da experiência, que os informativos, destinados a atingir determinadas categorias de pessoas, não necessitam de grandes sofisticações, bastando conter os temas e matérias necessários à informação e orientação de seus verdadeiros destinatários.

Por fim, o ex-Superintendente do IPREM **não comprovou** a realização da pesquisa prévia exigida pelo artigo 83, inciso III, da antiga Lei Municipal 10.544/88, nas prorrogações das avenças, ajustadas pelos instrumentos aditivos em análise.

É certo que o § 3º do artigo 3º do Decreto Municipal 26.950/88, acrescido pelo Decreto 28.714/90, admitia, conforme o caso, a estimativa de custo mediante consulta telefônica, **o que sequer foi documentado nestes autos, havendo, muito ao contrário, informações objetivas de falta daquela providência**, como se pode aferir da leitura dos elementos de fls. 220/232 e 242/249, o que, inclusive, foi anotado, nos relatórios de fls. 253/256, campo 23, item 12, e **confirmado pelo próprio IPREM, no ofício de fls. 264/265, parte final**.

A propósito, a douta autora do parecer exarado às fls. 455/464, examinando o princípio da economicidade nas contratações públicas, em artigo publicado na Revista 7 desta Egrégia Corte, assim aprecia – também neste caso, com muita lucidez, conforme salientou a Assessora Subchefe nos autos deste outro TC que trago a julgamento (TC 4.120-99, citação deste Relator) – a questão da falta de pesquisa em processos de

licitação:

"Não poderíamos finalizar, sem antes tratar da caracterização do ilícito, sempre que as auditorias constatarem inexistência de pesquisa de preço nos processos de licitação que objetivam a contratação ou aquisições públicas.

A nosso ver, a falta desse elemento não constitui mera impropriedade ou falha de natureza formal, a propiciar, muitas vezes, como desejam os ordenadores de despesa, a mera recomendação das Cortes de Contas.

A doutrina tem enfatizado que toda infração administrativa agride, em maior ou menor intensidade, a ordem pública e também a ordem interna da Administração (pág. 78)".

Fábio Medina Osório, **citado no mesmo trabalho**, assinala, a seu turno, que:

"Com efeito, é certo que toda infração administrativa agride a ordem pública, seja pela repercussão externa de qualquer lesão ao erário ou aos princípios que regem a Administração Pública ou o Estado, seja pela lesão comunitária decorrente de conduta que haveria de ser fiscalizada pelo Poder Público (um serviço controlado ou gestionado pelo Estado)" (Direito Administrativo Sancionador, pág. 131/132).

Permito-me, ainda, observar que os v. Acórdãos trazidos para o bojo deste procedimento, encartados por cópia às fls. 339/348, não examinaram a questão do abuso ou superfaturamento dos preços, **mas apenas a utilização dos informativos** para eventual promoção pessoal do ex-Superintendente, **o que não se discute no campo desta sede**.

Pontofinalizando, lembro a meus ilustres pares que a variação mensal de preços, entre o Contrato 11/99 e os Termos Aditivos 01 e 02/2000 e os Contratos 13 e 14/2001, foi bastante expressiva, em torno de 775%, de acordo com as demonstrações de fls. 430/435, às quais me reporto, como parte complementar integrativa deste voto.

Apoiado nessas ponderações e nos relatórios da Auditoria, julgo IRREGULARES os Termos Aditivos 01 e 02/2000, celebrados pelo IPREM e o consórcio 'Graphis Editorial e Gráfica Ltda. e FYI Assessoria de Comunicação S/C Ltda.', por infringentes ao artigo 83, inciso III, da Lei Municipal 10.544/88, vigente à época, e por lesivos aos cofres do IPREM, determinando, em conseqüência:

a) aplicação da pena de multa de R$ 361,00, ao ex-Superintendente do IPREM, em consonância com o artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80;

b) expedição de ofício para o IPREM providenciar a responsabilização civil do mesmo agente; e

c) emissão de ofício ao Ministério Público, transmitindo cópias do Acórdão, votos proferidos, pareceres, relatórios e demais manifestações da Auditoria.

TCM, 04 de maio de 2005.

ROBERTO BRAGUIM

Conselheiro

Voto em separado

De início, afasto os argumentos deduzidos no decorrer da instrução processual, quando se afirma que os preços praticados nos aditamentos contratuais não mais se submetem à aferição de regularidade, na medida em que se assemelham àqueles que constam do contrato original já julgado pela Corte, considerando-se o trânsito em julgado do acórdão.

No presente caso, por ocasião da lavratura do termo aditivo de prorrogação do prazo contratual, deixou a Origem de demonstrar a efetiva realização da pesquisa mercadológica, se é que, de fato, realizada. Tal exigência é prevista textualmente na lei municipal vigente à época, justamente por presumir que os preços não são estanques, razão pela qual, previamente à prorrogação do prazo de vigência de um ajuste, mostra-se determinante consultar novamente o mercado, de forma a demonstrar de maneira inequívoca, que naquele momento o preço original ajustado ainda se revela vantajoso.

Não há que se falar, portanto, na impossibilidade de reavaliação da adequação dos preços praticados com o mercado, uma vez que o julgamento do contrato analisa a regularidade do preço originalmente fixado, o que não afasta por si só, num momento futuro, a necessidade de nova demonstração de sua vantajosidade, por expressa disposição legal, ensejando, portanto, nova avaliação por parte desta Corte, sem que isso implique em agressão ao instituto jurídico da coisa julgada.

Não obstante essas breves considerações, no que tange à economicidade dos valores que envolveram os aditivos em questão, de igual forma deixo de adotar a análise levada a efeito pela Auditoria, conclusiva pela existência de prejuízo sofrido pelo IPREM em função dos valores estabelecidos no Contrato 11/99 e seus aditivos, por discordar do critério utilizado na avaliação.

Limitou-se a Auditoria em fazer análise comparativa de preços praticados em dois outros contratos firmados pela Origem, repetindo, portanto, o equívoco apontado oportunamente pela Assessoria Jurídica e pela Secretaria Geral, no sentido da fragilidade de argumentos de uma análise comparativa com base em contratos distintos nos aspectos temporal e material.

De fato, a mera comparação de preços, entre contratos que não guardam estritamente semelhança temporal e de objeto, não se mostra válida, uma vez que deixa de considerar todos os elementos que integram a composição do preço ofertado, que abarca custos diretos e indiretos da prestação do serviço.

De igual forma, não nos parece razoável a mera afirmação de AUD, quando da referida análise comparativa, sem comprovação efetiva, no sentido de que bastaria um único servidor da própria Administração para absorver todas as atividades e serviços constantes do objeto original do Contrato 11/99, conclusão esta hipoteticamente extraída dos contratos usados como paradigma, dada a amplitude de atividades que, “in casu”, verifica-se, envolvendo a edição do jornal e os serviços de comunicação social na área de relações públicas, associada a toda a demanda de infra-estrutura que os mesmos comportam.

Frente ao exposto, consigno, por fim, que é inquestionável o dever da Administração de demonstrar a compatibilidade dos preços praticados com os de mercado, por ocasião da eventual prorrogação da vigência dos contratos de prestação de serviços de forma continuada. Todavia, anotamos que, sob esse aspecto, não houve, ao seu turno, a demonstração efetiva por parte da Auditoria de que os preços praticados no presente ajuste estariam discrepantes da realidade de mercado.

Frente ao exposto, afastadas as demais irregularidades, apontadas inicialmente no curso da instrução processual, voto, ainda assim, pela irregularidade dos aditivos em julgamento, por subsistir, ao final, a infringência ao artigo 83, inciso III, da Lei Municipal 10.544/88, mas reconheço os efeitos financeiros deles decorrentes, diante das razões antes deduzidas.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 04 de maio de 2005.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

Voto de desempate

Cuida-se, nesta fase, do pronunciamento de voto desempatador do exame de dois Termos Aditivos ao Contrato 11/99, que teve como objeto a prestação de serviços técnicos para edição de informativo do IPREM.

Diga-se, de pronto, que o referido ajuste, em seu valor mensal de R$ 103.000,00 (cento e três mil reais) foi acolhido por unanimidade por este Plenário, consoante acórdão de fls. 275, ocasião em que nada foi levantado no que tange a eventual preço excessivo, tendo, ao contrário, sido acordado pelos Srs. Conselheiros que o procedimento licitatório, predecessor do ajuste, transcorrera de acordo com os ditames legais.

Nos aditivos, ora sob exame, que trataram de prorrogar o prazo contratual por seis meses (TA 1/00) e por mais um mês (TA 2/00), ficou assente que o valor contratual mensal permaneceria o mesmo.

No julgamento de ditos instrumentos, o Nobre Conselheiro Relator Edson Simões entendeu-os regularmente formalizados, alicerçado nas manifestações da Assessoria Jurídica e da Secretaria Geral desta Corte, bem como da Procuradoria da Fazenda Municipal, afastando as objeções dos técnicos da Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

Acompanhou-o o I. Conselheiro Revisor Eurípedes Sales.

Em contradita, os Nobres Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria, com divergências em um dos fundamentos de decisão, votaram pela irregularidade dos TAs.

O I. Conselheiro Roberto Braguim entendeu que os preços praticados, constantes dos Aditivos, eram excessivos, e, aceitando as estimativas dos técnicos da Auditoria, o prejuízo alcançaria a cifra de R$ 1.755.230,52 (um milhão, setecentos e cinqüenta e cinco mil duzentos e trinta reais e cinqüenta e dois centavos), ao cabo de 19 meses de duração do ajuste

com a contratada (12 meses do ajuste principal, de resto aprovado pelo Tribunal, e 7 meses correspondentes aos TAs em julgamento).

Ademais, alegou, a Origem não comprovara a realização da pesquisa prévia determinada pela lei municipal então vigente, obrigatória para a concretização das prorrogações dos prazos contratuais.

Aplicou multa ao subscritor dos ajustes e determinou que o IPREM providenciasse a responsabilização civil do ex-Superintendente e que fosse oficiado o Ministério Público, transmitindo-lhe cópias do processado.

O Conselheiro Maurício Faria afastou a análise da Auditoria, no que tange à concretização de prejuízos ao IPREM, por discordar dos métodos de sua avaliação.

Entretanto, decretou a irregularidade do avençado, embora, a seu ver, a Auditoria não tivesse demonstrado a incompatibilidade dos preços, pela subsistência da infringência do inciso III do art. 83 da Lei Municipal 10.544/88, ou seja, não-revelação de preços inferiores, por pesquisa prévia de mercado.

Não obstante, diante das razões deduzidas em seu voto, aceitou os efeitos financeiros decorrentes dos instrumentos contratuais.

Este é o relatório.

Passo a proferir meu voto de desempate.

O embate dos autos se resume a duas questões: a que concerne aos preços dos Aditivos, que a Auditoria reputou excessivos, em comparação com contratos posteriormente firmados pelo IPREM, e a que respeita à infringência de dispositivo da lei municipal de licitações, então vigente.

Entendo, tal como o I. Relator, que os estudos efetuados pelos técnicos do Tribunal, para concluir pela excessividade dos preços, foram totalmente equivocados.

Primeiramente, porque está sobejamente demonstrado nos autos a improcedência da "equalização" por eles efetuada, posto que não se pode comparar objetos diversos.

Assim, não me aprofundando na questão, verifica-se que o contrato posto em cheque, era de fato muito mais abrangente que os que o sucederam, eis que incluía trabalhos de criação, reportagem, redação, revisão, edição (diagramação), editoração eletrônica, revisão, fotolito e impressão, além da contratação de jornalista habilitado pelo Ministério do Trabalho.

Este jornalista, ademais, consoante o ajuste em apreço, exercia, além de outros ofícios, a Assessoria de Comunicação Social.

Em contrapartida, o ajustado posteriormente envolveu apenas a parte de execução gráfica.

Afastada essa descabida comparação, configurou-se nos autos a impossibilidade dos técnicos comprovarem a não-economicidade dos preços praticados nos

ajustes, chegando-se à extravagante conclusão de que o "prejuízo" do IPREM se compunha de valor abrangente do período contratual (12 meses) e das prorrogações (7 meses), quando, sobre o período contratual nada foi argüido pelos técnicos e, exatamente por isso, foi acolhido por este Pleno, por unanimidade.

Explanando a respeito do princípio da economicidade, salienta o sempre citado Mestre Marçal Justen Filho, que o mesmo está modelado por três fatores, sendo que o primeiro deles se relaciona com a previsibilidade.

A respeito, ensina-nos:

"Não se exige do administrador público o dom sobre-humano do conhecimento do futuro. (...)

Avalia-se a economicidade no momento da prática do ato, tendo em vista as circunstâncias e segundo os padrões normais de condutas. Se, em face do conjunto de informações e adotadas todas as cautelas, a decisão apresentava-se como a racionalmente mais adequada, o princípio da economicidade foi atendido. A aleatoriedade dos fatos supervenientes não pode ser considerada para fins de avaliação do respeito ao princípio examinado."

(obra: 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 6ª ed., pág.70).

Portanto, se os preços contratuais eram bons no passado, continuaram a ser, posteriormente.

A menos que se provasse o contrário, o que os técnicos não lograram fazer. Passemos agora à análise da segunda questão.

Votaram os I. Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria pela irregularidade dos aditivos à vista da infringência do art. 83, item III, da Lei Municipal 10.544/88.

Dispunha referido artigo:

"Observado o limite fixado no artigo 71, os contratos de prestação de serviços ou de fornecimento, mantidas as mesmas condições avençadas, poderão ser prorrogados, por prazo igual ou inferior ao originalmente avençado, desde que: (...)

III – pesquisa prévia de mercado não revele preços inferiores".

O diploma legal, que se diz ter sido violado, apenas afirmava que deveria ter havido a verificação dos preços de mercado.

Nada mais dispunha a respeito, tampouco o Decreto Municipal 26.950/88, que a regulamentava.

Não impunha como fazer referida pesquisa.

Ao contrário, os meios para pesquisa de mercado impostos pelo mencionado edito, referidos nos parágrafos 2º e 3º do artigo 3º, dizem respeito à estimativa de custo para a finalidade de abertura de procedimento licitatório.

Ora, o subscritor dos aditivos, Sr. Bertoldo Salum, afirmou que foi feita tal pesquisa, por via telefônica.

Portanto, foi atingido o desiderato da Lei 10.544/88.

Neste passo, abro um parêntese para deixar consignado nos autos que quem afirmou que a pesquisa de preços não havia sido realizada foi o Sr. José Roberto Siqueira Júnior, que assumira o cargo de Superintendente na gestão que sucedeu a do Sr. Bertoldo Salum.

Retomando a questão, há de se dizer que se alguma impropriedade ocorreu foi o fato de que o então Superintendente não fez constar tal fato em folha do processo administrativo.

Para finalizar, trago, neste momento, notícia de um posicionamento adotado pelo Plenário no TC 3.003.00-60, no qual se discutiu matéria relacionada com a falta de pesquisa de preço para prorrogações contratuais.

Naquele TC desempatei o julgamento, perfilhando corrente encabeçada pelo Nobre Conselheiro Roberto Braguim, integrada ainda pelo Conselheiro Maurício Faria, sendo decidido, por maioria, pela prescindibilidade da pesquisa prévia.

Naquele julgamento, o Conselheiro Roberto Braguim, reportando-se a voto vencedor por ele anteriormente proferido no TC 8.229.99-14, entendeu-a dispensável, argumentando que a norma municipal então vigente (art. 83, item III, da Lei 10.544/88) perdera sentido em regime de estabilização da moeda, uma vez 'preservadas as mesmas condições econômicas do ajuste aditado".

Alegou, ainda, o I. Julgador, a incongruência da lei municipal que exigia pesquisa de mercado nas prorrogações de prazo, ainda que de curta duração, e não no decurso dos ajustes de longa duração.

Essa falta de logicidade, então argumentou, veio resultar na retirada da regra do atual diploma municipal que dispõe sobre matéria licitatória.

Tais argumentos, afirmo, aplicam-se como uma luva ao caso ora analisado.

Por todas as razões expostas, filio-me à corrente dos Nobres Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, votando pelo acolhimento dos Termos Aditivos em julgamento.

Vencida, pois, a corrente dos I. Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria.

São Paulo, 18 de maio de 2005.

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 2.202ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA, tendo os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator e EURÍPEDES SALES – Revisor votado na 2.200ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator, bem assim pelo voto do Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, 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 julgar regulares os Termos Aditivos 1/00 e 2/00.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM que, nos termos do voto apresentado em separado, julgou irregulares os referidos aditamentos, aplicou multa ao ex-Superintendente do Instituto de Previdência Municipal de São Paulo – Iprem, determinando a expedição de ofícios para aquela autarquia e para o Ministério Público.

Vencido, também, o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, nos termos do voto apresentado em separado, igualmente julgou irregulares os mencionados aditamentos, mas reconheceu os efeitos financeiros deles decorrentes.

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, 18 de maio de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente, com voto

EDSON SIMÕES
Relator