JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.004.986.99-28

Contrato - prestação de serviço - ausência de legislação reguladora - ausência de valor empenhado - ausência de objeto definido - julgado irregular o contrato - multa a cada membro da comissão de licitação e ao ordenador da despesa - embargos de declaração da Procuradoria da Fazenda - conhecido os embargos - no mérito negado provimento - recursos dos interessados e da Procuradoria da Fazenda - conhecido os recursos ex officio e voluntários - afastadas as preliminares argüidas pelos recorrentes - acolhido o ajuste - cancelada as multas - reformada a decisão impugnada - vencido em parte o cons. Edson Simões

Juízo Singular

RELATÓRIO

Cuida o presente de análise do Contrato sem número, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e o Banco do Brasil S/A., objetivando a prestação de serviços de pagamento de gratificação aos Policiais Militares (fls. 141/146).

O Departamento de Auditoria II, apontou as seguintes irregularidades:

1. Infringência dos incisos XI e XII, do artigo 66, da Lei Federal número 8.666/93 e alterações posteriores;

1. Infringência do inciso VIII, do artigo 70 (valor do contrato) e do artigo 77 (sobre dados do preâmbulo), ambos da Lei Municipal número 10.544/88 e alterações posteriores;

2. Falta de clareza na definição do objeto, do critério de reajustamento e na dada e início do contrato.

3. Ausência de Nota de Empenho para dar sustentação à despesa (fls. 103/106).

Foi solicitado a Origem para que justificasse a ausência de Nota de Empenho, tendo informado que a Nota de Empenho simplesmente não tinha sido processada por falta de fixação do valor contratual, não esclarecendo as demais dúvidas suscitadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas (fls. 109/113).

A Assessoria Técnica Jurídica, concluiu que em razão da transferência de toda movimentação bancária da Prefeitura Municipal de São Paulo, do Banespa para o Banco do Brasil, surgiu a questão de como seria feito o pagamento da Gratificação dos Policiais de Trânsito, uma vez que o Banespa comunicou, oficialmente, que a folha do pessoal do Comando de Policiamento de Trânsito seria tarifada em R$2,00 (dois reais), por lançamento.

Propôs o Banco do Brasil a tarifa de R$0,30 (trinta centavos) por lançamento e R$4,00 (quatro reais) pelo Cartão Magnético.

No entanto, o contrato apresentado pelo Banco do Brasil, além das irregularidades apontadas pelo Departamento de Auditoria, outras se verificaram:

1. Infringência ao inciso I, do artigo 55, da Lei Federal número 8.666/93, por ausência do objeto do contrato;

2. Infringência ao inciso VIII, do artigo 70, da Lei Municipal número 10.544/88, por ausência de Nota de Empenho.

Assim sendo, pela falta de clareza e precisão na definição do objeto, por ausência de prévio empenho, ausência do valor contratual do ajuste, opinou pelo não acolhimento (fls. 127/130).

Retornaram os autos ao Departamento de Auditoria, que completando seu entendimento com base na manifestação da Assessoria Técnica Jurídica, opinou pela irregularidade do ajuste (fls. 131/134).

A Procuradoria da Fazenda Municipal limitou-se a sugerir que novamente fosse expedido o ofício a Origem para que justificasse as irregularidades apontadas (fls. 136).

A Secretaria-Diretoria Geral a vista dos elementos de instrução constantes nos autos e na esteira das manifestações anteriores, especialmente da Assessoria Técnica Jurídica, manifestou-se pela irregularidade do ajuste, deixando a critério superior a proposição do Órgão Fazendário (fls. 138/139).

DECISÃO

Os incisos de I a XIII, do artigo 55 da Lei Federal número 8.666/93, devem ser analisados à luz dos artigos 40 (cláusulas do edital), e 78 (motivos para rescisão do contrato), considerados indispensáveis em todo contrato administrativo. Não há destaque para qualquer deles em razão de sua relevância e, da mesma forma, a exclusão de qualquer um deles constituirá em flagrante ilegalidade.

E, dentre eles, a Origem infringiu os incisos I, XI e XII, o que, “data venia”, já seria o suficiente para o não acolhimento do ajuste.

Infringiu também o inciso VIII do artigo 70, que se refere ao valor do contrato e o artigo 77, que dispõe sobre o preâmbulo do mesmo, ambos da Lei Municipal número 10.544/88, com suas alterações.

E, se tudo isso não bastasse, simplesmente alegou que a Nota de Empenho não foi emitida por não haver valor do contrato, o que impossibilitava a previsão da despesa, que, além de infringir o artigo 60 da Lei Federal número 4.320/64, ignorou, inclusive, o disposto no parágrafo segundo do referido artigo 60, que dispõe:

> **“Será feito por estimativa o empenho da despesa cujo montante não se possa determinar.”**

Ora, o empenho constitui instrumento de programação, de que serve a Administração para controlar a execução do orçamento, ao utilizá-lo racionalmente tem-se um panorama dos compromissos assumidos e das dotações ainda disponíveis. É uma garantia para as contratadas e para os contratantes.

Sua ausência, redunda em incontestável ilegalidade.

Isto posto, ante a seqüência de ilegalidades apontadas, julgo **IRREGULAR** Contrato sem número, celebrado entre a Secretaria Municipal de Transportes e o Banco do Brasil S/A, objetivando a prestação de serviços de pagamento de gratificação aos Policiais Militares.

Outrossim, mesmo não vislumbrando dolo ou má-fé, CULPA originário a NEGLIGÊNCIA ou IMPERÍCIA na condução do certame, **APLICO** a multa de 238 UFIRs (duzentos e trinta e oito Unidades Fiscais de Referência), a cada membro da Comissão de Licitação, assim como ao Ordenador da Despesa, pelas infrações, omissões ou inobservâncias de deveres que lhe competiam, objetivado nas precauções que lhe eram ordenadas pela lei e vistas como necessárias, para evitar males não queridos ou evitáveis, com fundamento no Artigo 52, II, da Lei n. 9.167/80, combinado com o Artigo 133 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

São Paulo, 17 de julho de 2000.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

Juízo Singular

RELATÓRIO

Cuida o presente processo, nesta fase, da análise e julgamento dos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, interpostos pela PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL, com fundamento nos artigos 80, 81, inciso I, e 82 do Regimento Interno desta Corte de Contas, alegando inobservância dos artigos 45, 46, 48 e 49, incisos I e II e parágrafo único do Regimento Interno deste Tribunal, ainda, inobservância do artigo 44, da Lei número 9.167/80, a fim de tornar insubsistente o julgado, emprestando efeito modificativo aos embargos, convertendo a decisão em diligência e, via de conseqüência, devolvendo aos autos à Recorrente para, que fosse exarado seu parecer a respeito.

Ainda, superado o pedido anterior, deveria ser aclarada a questão referente a inobservância do artigo 82 do Regimento Interno, tendo em vista que das decisões das Câmaras e Juízo Singular, que considerarem ilegal ou irregular qualquer ato ou despesa executados por pessoa física ou jurídica que se encontre sob a jurisdição desse Tribunal, sempre haverá recurso "ex-officio" (fls. 149/153).

A Assessoria Técnica Jurídica entendeu que a Relatoria não havia observado o disposto no artigo 45 do Regimento Interno, com a oitiva da Procuradoria da Fazenda Municipal e, o artigo 82, do mesmo regimento, não obstante o duplo grau de jurisdição decorra de disposição de lei (fls. 191/195).

A Secretaria-Diretoria Geral entendeu que Embargos de Declaração somente são cabíveis, quando apresentarem falta de clareza, contradição ou omissão de ponto sobre o qual devia pronunciar-se, nos termos do artigo 45, da Lei 9.167/80 e artigos 81 e 95 do Regimento Interno, além de normas e princípios processuais, aplicáveis subsidiariamente, especialmente o artigo 535, do Código de Processo Civil. Portanto, a insurgência da Procuradoria não era cabível pela via estreita de embargos (fls. 196/200).

É o relatório.

DECISÃO

Registra-se, primeiramente, que a doutrina e jurisprudência somente têm admitido o uso de Embargos Declaratórios com efeito infringente, apenas em caráter excepcional, para CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL MANIFESTO, SUPRIMENTO DE OMISSÃO OU EXTIRPAÇÃO DE CONTRADIÇÃO, o que não é o presente caso.

O que vislumbro pretender a Embargante, ao insurgir contra a R. Decisão com a alegação de que não foi ouvida, incorreu o Juízo Singular nas infringências dos artigos 45, 46, 48, incisos I e II e parágrafo único e, ainda, artigo 82, todos do Regimento Interno, é a modificação do julgado.

Sem razão a Embargante, visto que, à folha 136 dos autos , teve a oportunidade de se pronunciar no processo, porém, restringiu-se a requerer a aprovação de uma "DILIGÊNCIA", o que, tacitamente, não foi aceito pelo Relator.

Também, teve a Embargante nova oportunidade de ser ouvida, nos termos do parágrafo único, do artigo 49, do Regimento Interno, que determina:

"SE O REQUERIMENTO A QUE SE REFEREM OS INCISOS I E II DESTE ARTIGO NÃO FOR ACEITO, A PROCURADORIA ARTICULARÁ A PRELIMINAR OU PRELIMINARES QUE ENTENDER, SEM PREJUÍZO DE MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO."

Acompanhando o processo, como diligentemente sempre o fez, no julgamento do dia 17 de julho de 2000, no RELATÓRIO, à folha 141 registra, "A PROCURADORIA DA FAZENDA MUNICIPAL LIMITOU-SE A SUGERIR QUE NOVAMENTE FOSSE EXPEDIDO OFÍCIO À ORIGEM PARA QUE JUSTIFICASSE AS IRREGULARIDADES APONTADAS", oportunidade quando poderia argüir seu direito em preliminar de mérito, nos termos do supracitado parágrafo único, do artigo 49, do Regimento Interno.

Não o fez, deixou precluir seu direito.

No que tange à questão do julgamento "EX OFFICIO", também, sem razão a Embargante, visto que, em tese, aboliu a lei o caráter "ex officio" dos recursos.

No entanto, nos casos ainda previstos, a exigência do duplo grau de jurisdição, que se efetiva com a remessa dos autos, conforme determinado no artigo 82, do Regimento Interno desta Corte de Contas, o Julgador ordenará, nos termos do parágrafo único, do artigo 475, do Código de Processo Civil, a remessa dos autos à Instância Superior, haja ou

não recurso voluntário da parte vencida. NÃO O FAZENDO, PODERÁ O PRESIDENTE DA INSTÂNCIA SUPERIOR AVOCÁ-LO.

Outrossim, além dos referidos dispositivos legais supracitados não prever que as decisões devem, obrigatoriamente, conter a expressão "ex officio", o recurso de ofício é considerado interposto por força de lei ("ex lege").

Consubstancia tal entendimento o disposto no parágrafo único, do artigo 423, do Código de Processo Civil, ao dispor:

"Nos casos previstos neste artigo, o Juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, haja ou não apelação voluntária da parte vencida, não o fazendo, poderá o presidente do Tribunal avocá-los".

Portanto, ante a inexistência de impulso de infringência, cuja pretensão somente poderia ser direcionada à expressão "ex officio", o que pretende a Embargante é uma DECISÃO NOVA, o que só é cabível em recurso próprio.

Isto posto, CONHEÇO dos Embargos de Declaração interpostos, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade, porém, NEGO-LHE PROVIMENTO, por entender da desnecessidade de fazer constar no Acórdão embargado a expressão "ex officio", tendo em vista o seu caráter "ex lege" e, ante a preclusão da oitiva da Embargante.

São Paulo, 26 de outubro de 2001.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Conheço dos Recursos, posto que presentes os pressupostos legais de admissibilidade. Em relação as **preliminares** argüidas, acompanho os Órgãos Técnicos desta Corte, **afastando-as**.

Quanto ao mérito **NEGO PROVIMENTO** aos Recursos, eis que as razões recursais não foram suficientes para afastar as irregularidades que fundamentaram a decisão singular, ou seja, que a Origem não emitiu a nota de empenho da despesa, não informou a base legal da contratação e ainda houve a falta de clareza e precisão do objeto contratual.

Assim, mantenho na íntegra a decisão Recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de setembro de 2003.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em conhecer dos recursos "ex officio", por regimental, e voluntários interpostos, por presentes os requisitos para a sua admissibilidade, e em afastar as preliminares argüidas pelos recorrentes.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA, quanto ao mérito, em acolher o referido ajuste, cancelando as multas aplicadas, reformando a decisão impugnada.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, EDSON SIMÕES e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de setembro de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EURÍPEDES SALES
Relator