JURISPRUDÊNCIA

TC nº 5.517/96*10

Licitação - convite - serviço funerário - compra de conjunto de paramentos extra super luxo e super luxo - quebra ao princípio do sigilo da proposta - nulidade do certame e do ajuste - produção de efeitos em relação à contratada, presumidamente de boa-fé - ato determinativo de despesa não acolhido, sem determinação para recolhimento da importância desprendida, diante da produção de efeitos em relação à contratada - RECURSOS - conhecidos mas não providos - ausência de argumentos novos - mantida a r. decisão recorrida.

Egrégia Câmara

Cuida-se do julgamento de ato determinativo de despesa, representado pela Nota de Empenho 87/96, emitida pelo Serviço Funerário, objetivando a aquisição de conjuntos de paramentos extra super luxo e super luxo.

Examina-se, ainda, a regularidade do procedimento licitatório, na modalidade de Convite, em que sagrou-se vencedora a empresa Agnus Indústria e Comércio de Urnas e Artigos Funerários Ltda.

Reporto-me, na oportunidade, à manifestação de fls. 93/96, da Sra. Secretária-Diretora Geral Substituta, Dra. Vanda de Oliveira Pasqualin, nos seguintes termos:

> **"Quando da abertura dos envelopes, compareceram à Comissão de Licitação auditores deste Egrégio Tribunal informando terem recebido, dias antes, cópia xerox da proposta ofertada por uma das participantes, que teria sido entregue por servidor não identificado daquela Autarquia. Por essa razão, deliberou a Comissão anular o procedimento licitatório (fls.40/v.).**
>
> **No dia seguinte, todavia, a Comissão, "calcada no fato de que o conhecimento da proposta por agentes do TCM, não afetou o princípio da isonomia, não prejudicou os participantes ou afrontou a moralidade", tornou sem efeito aquela decisão e deu seguimento ao processo licitatório, vindo a desclassificar duas das propostas, por não exibição de certidão negativa de débito expedida pelo INSS, e a adjudicar o objeto à empresa Agnus Indústria e Comércio de Urnas e Artigos Funerários Ltda. (fls.41/42).**
>
> **Questiona-se, por isso, a regularidade da licitação.**

Na Assessoria Técnica Jurídica, desta Corte, houve divergência a respeito. Enquanto a Dra. Maria Lúcia C. L. Costa sustenta que o fato não chegou a violar o princípio do sigilo e que era inarredável tornar sem efeito a anulação, em face do princípio da auto-tutela administrativa, a douta Subchefia, em parecer da Dra. Roseli de Morais Chaves, entendeu que a licitação está viciada e que a Comissão não deveria ter tornado sem efeito a anulação do procedimento, propondo, por isso, a responsabilização dos seus membros (fls.65/66, 67/68 e 90/91).

Foi apresentada defesa pelos integrantes da Comissão e pelo Senhor Superintendente daquela Autarquia, que homologou a decisão questionada e por ela, assim, tornou-se igualmente responsável (fls.74/83).

Esclarecem que não houve quebra do princípio do sigilo das propostas uma vez que os envelopes contendo as propostas estavam absolutamente intactos, fechados e indevassados. Além do mais, a proposta cuja cópia chegara às mãos dos agentes desta Corte seria, como foi, desclassificada por deixar de apresentar o certificado de regularidade junto à seguridade social. Como se não bastasse, essa proposta era a que continha o menor preço em relação às demais participantes e o seu conhecimento prévio não produziu situação mais vantajosa às outras concorrentes.

Acrescentam, ainda, que o ocorrido - tudo indica - não teria passado de manobra da própria empresa, cuja proposta deu a conhecer a agentes deste Tribunal, com o propósito de frustrar a licitação, que não poderia vencer por não ostentar, àquela altura, o certificado de regularidade junto ao INSS, indispensável à sua classificação.

É o relato dos fatos, contido no pronunciamento de S.D.G.

À visto da defesa da Origem, a D. Procuradoria da Fazenda se posicionou pelo acolhimento do ajuste, em caráter excepcional e, por não vislumbrar ilegalidade no procedimento da Origem, S.D.G. opinou pela regularidade do certame e do ato determinativo da despesa.

É o relatório.

V O T O

A questão que se discute nos autos diz respeito, essencialmente, a ter havido ou não quebra do sigilo de proposta.

Em caso positivo, levaria a nulidade do procedimento licitatório, por vício insanável, consistente na desobediência a princípio licitatório.

Portanto, a análise que se há de fazer da matéria, tem que ser objetiva, para se verificar a ocorrência, ou não, de vício, ou seja, se uma determinada proposta era ou não conhecida por outros, que não a proponente, antes da abertura do respectivo envelope que a continha.

Não se há de perquirir, pois, quem eventualmente teria quebrado o sigilo, bem como a quem a transgressão aproveitaria, visto ser esta indagação a ser feita posteriormente, com vistas à busca dos autores e responsabilização de eventuais danos.

A respeito do assunto, trago lição do festejado Mestre Hely Lopes Meirelles, que assim se pronunciou em sua obra "Licitação e Contrato Administrativo":

> **"O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes e de suma importância para a preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como da objetividade de julgamento"** (fls. 26)

E, mais adiante:

> **"... o conhecimento prematuro das ofertas poderia conduzir ao seu prejulgamento, com afronta aos princípios do procedimento formal e do julgamento objetivo."** (fls. 26).

Destarte, o conteúdo das propostas não é público, nem acessível ao público, até o momento de sua abertura em sessão para tanto designada.

Aliás, nesse sentido, o decreto-lei nº 2.300/86 acatava o princípio do sigilo na apresentação das propostas, ao prescrever no § 3º do art. 3º:

> **"A licitação não será sigilosa, sendo públicos, e acessíveis ao público, os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura."**

O Ilustre Mestre, que, por sinal, entendia o princípio do sigilo, aplicável à documentação, tendo em vista ser formal o procedimento licitatório, conclui à respeito: conclui, a respeito:

> **"A abertura antecipada da documentação e das propostas <u>ou a revelação de seu conteúdo fora das oportunidades regulamentares</u> ou fixadas pelo órgão julgador constitui violação do sigilo necessário, punível até mesmo como crime pela lei penal (Código Penal, art. 326), e no âmbito administrativo ou na esfera judicial civil dará ensejo à anulação do procedimento licitatório ou de seu julgamento."**
> (obra citada, pág. 26 - grifamos).

Ora, indiscutível que o conteúdo de uma das propostas era conhecido antes da abertura dos envelopes em sessão pública, não sendo, pois, cabíveis conjeturas como as trazidas pela Origem em sua defesa de fls.

Assim, entendo, ao contrário da opinião dos órgãos desta Casa, que houve quebra do princípio do sigilo da proposta, ensejando a nulidade do certame e do ajuste.

Isto posto, voto pelo não acolhimento do Ato Determinativo da Despesa.

Não obstante, pela presunção de legitimidade que acompanha a atividade da Administração, o ato do Serviço Funerário produziu efeitos em relação à contratada, presumidamente terceiro de boa-fé.

De igual modo, estou convencido da ausência de má-fé dos membros da Comissão de Licitação e do Ordenador das Despesas.

Portanto, abstenho-me de expedir qualquer determinação ou aplicar penalidade

São Paulo, 05 de agosto de 1998

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-005.517.96*10, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Substituto OCTÁVIO SAVÉRIO CÚRCIO, após vista que lhe fora concedida na 137ª S.O. da Primeira Câmara, ocasião em que votou o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, não acolher o ato determinativo da despesa, uma vez que houve quebra do sigilo da proposta, ensejando a nulidade do certame e do ajuste.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, não determinar o recolhimento da importância despendida, pela circunstância do ato do Serviço Funerário do Município de São Paulo ter produzido efeitos em relação à contratada, presumidamente de boa-fé.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto OCTÁVIO SAVÉRIO CÚRCIO.

Presente a Procuradora da Fazenda MARIA INÊS BIOJONE.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de setembro de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

RELATÓRIO

Esta Egrégia Corte, em Acórdão de 02.09.98, decidiu, à unanimidade, não acolher o ato determinativo da despesa, em virtude do vício (quebra do sigilo da proposta), que comprometeu a validade do certame gerador do ajuste correspondente, na conformidade do relatório e voto do então **Relator, o Nobre Conselheiro Antonio Carlos Caruso**, dispensando, todavia, os responsáveis pelo recolhimento da quantia dispendida, por ausência de má-fé. (R$ 33.270,00, o valor da compra)

O **Serviço Funerário** impugna a primeira parte do decisório, na forma do recurso interposto às fls. 118/120, onde sustenta a inocorrência concreta de violação do sigilo de proposta, a não ser em plano hipotético, acenando, ainda com a possibilidade de revisão da decisão da Comissão Julgadora, com base no princípio da auto-tutela administrativa.

A **Assessoria Técnica**, no parecer de lavra da **Dra. Maria Dulce Jorge**, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, com a conseqüente acolhida do ato determinativo da despesa, em caráter excepcional (fls. 123/126), opinião essa que não foi, no entanto, sufragada pelas chefias mediata e imediata, ambas opinando pela confirmação do v. Acórdão (fls. 127/131).

A **Procuradoria da Fazenda Municipal**, a seu turno, opinou pelo provimento do recurso, com base nas razões expostas às fls. 132/133, enquanto que a **Secretaria-Diretoria Geral**, analisando aspectos criminais da quebra do sigilo das propostas, conduta tipificada como delito no artigo 94 da Lei nº 8.666/93, opinou também pelo desprovimento do apelo, na esteira do parecer da **Assessoria Técnica** (fls. 135/138).

É o resumo do essencial.

VOTO

O presente TC tratou do exame e julgamento do ato determinativo da despesa, representada pela NE nº 87/96, expedida pelo **Serviço Funerário**, em decorrência do ajuste firmado com a empresa **Agnus Ind. e Com. de Urnas e Artigos Funerários Ltda.**, vencedora da licitação destinada a aquisição de conjuntos de paramentos extra super luxo e super luxo.

Entretanto, no exame da regularidade do procedimento licitatório, constatou-se a quebra do sigilo de uma das propostas, o que levou a Comissão, primeiramente, a decretar sua nulidade, e, ao depois, restabelecer sua decisão, visto inocorrer ofensa objetiva ao princípio que comprometesse a validade do pleito.

Conquanto as opiniões não fossem concordantes, o então eminente **Conselheiro Relator**, no longo e erudito voto lançado às fls. 97/101, concluiu pela admissibilidade do vício, e, "ipso fato", pela não aprovação do ato determinativo da despesa, afastando porém, a existência de má-fé dos membros do Colégio Licitatório e do Ordenador da Despesa, o que foi integralmente encampado pelo v. Acórdão de fls. 103.

O recurso oposto pelo **Serviço Funerário** não trouxe qualquer argumento novo que abalasse os sólidos fundamentos do Pronunciamento atacado, como bem ressaltaram as **Chefias da Assessoria Técnica** e a **Secretaria-Diretoria Geral**, nos pareceres de fls. 127/131 e 135/138, aos quais me reporto como parte integrante deste voto.

Oportuno registrar, nesse passo, que a **PFM**, a despeito das razões apresentadas em prol do recorrente, não logrou, "data venia", descaracterizar a falha apontada, como também não vejo, no caso "sub examinem", conduta dolosa por parte dos membros integrantes da Comissão de Licitação, que pudesse ser capitulada no delito referido no parecer da **SDG.**

Além do mais a alegação da auto-tutela administrativa invocada pelo recorrente, não tem razão de ser, uma vez que o problema suscitado diz respeito a vício do procedimento licitatório, prejudicando a validade de seus efeitos.

Isto posto, conheço do recurso, por tempestivo, porém, no mérito, nego-lhe provimento.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de janeiro de 2000.

Roberto Braguim
Conselheiro Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-005.517/96*10, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer dos recursos "ex-officio", por regimental, e voluntário, interposto pelo Serviço Funerário do Município de São Paulo – SFMSP, por presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, em negar-lhes provimento, mantendo em sua inteireza a R. Decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de janeiro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator