## JURISPRUDÊNCIA

**TC nº 6.176/95*55**

**Concorrência - falta de publicação do edital em jornal de grande circulação - publicação apenas no DOM e em revistas especializadas - irregularidade do procedimento - prorrogação de prazo sem previsão contratual - regularidade - inaplicabilidade à espécie do art. 83 da Lei 10.544/88 - técnica e preço - fórmula que tornaria irregular o fator preço - questão tratada no TC nº 4.096/95*47 - acolhidos os ajustes e aditamentos com aplicação de multa aos responsáveis - Lei 8666/93, art. 21, III - Lei 10544/88 - art. 83 - RECURSO da comissão - conhecido, negando-se-lhe provimento - RECURSO adesivo da PFM - não conhecido - por ausência de possibilidade jurídica e de legitimidade recursal.**

Exmo. Sr Cons.º Relator

1. Examinam-se a Concorrência nº 016/GEPROCAV/94 e o Contrato nº 139/SVP/95, referentes à elaboração do projeto básico das estruturas hidráulicas e do sistema viário do Córrego Pirajussara-Montante, entre a Av. Brasil e a Estrada do Campo Limpo, numa extensão de 8.000 metros, bem como os Termos de Aditamento nºs 094/96, 198/96 e 301/96, que prorrogaram sucessivamente o prazo contratual.

Foram apontadas impropriedades com relação a falta de publicação do edital em jornal de grande circulação, como também no que tange a prorrogações do prazo contratual sem previsão no ajuste originariamente celebrado e por tempo superior ao limite estabelecido no art. 83 da Lei Municipal nº 10.544/88.

No que concerne às prorrogações de prazo, a Assessoria Técnica Jurídica não vê irregularidades, já que os contratos podem ser prorrogados até o limite de 5 anos, salientando, ainda, que o art. 83 da Lei Municipal nº 10.544/88 não se aplica à espécie, por dizer respeito aquele dispositivo tão-somente a prestação de serviços contínuos, além do que, por ser norma geral, estaria superado pela nova legislação federal (fls. 199/201v.).

Quanto à falta de publicação do edital de licitação em jornal de grande circulação, contudo, entende aquele órgão que a omissão compromete o procedimento licitatório, tornando-o irregular por descumprimento do princípio da publicidade (fls. 144/145v. e 199/201v.).

Pondere-se, ainda quanto a essa questão, que, em nova manifestação, a Assessoria Jurídica opinou pela regularidade do procedimento, passível, todavia, de recomendação a falha (parecer da Dra. Regina Martins Lopes, fls. 255/256), do que discordou o Sr. Assessor Chefe, para quem o descumprimento deve ocasionar a aplicação de advertência ao servidor responsável (parecer do Sr. Murilo Magalhães Castro, fls. 257/258).

Ainda com relação a esse questionamento, manifestou-se a Origem, explicando que a omissão ocorreu em razão da sobrecarga do setor de licitações, o que determinou a formação de uma divisão de apoio, para agilizar os procedimentos, cujo pessoal tinha pouca experiência; ressaltou, entretanto, que o edital foi publicado em revista especializada, o que garantiu ampla divulgação entre as empresas do ramo (fls. 232/234).

A douta Procuradoria da Fazenda, por último, é pela relevação da falha, "mesmo porque a falta da mencionada publicação em grandes jornais foi suprida pela publicação em revista especializada, não comprometendo, **data venia**, a lisura do procedimento" (fls. 263/264).

Ventila-se, agora, nestes autos, outra questão: conforme representação feita pelo nobre Vereador José Eduardo Martins Cardozo, a Origem, na licitação ora em exame, como em outras, do tipo técnica e preço, estaria adotando fórmula que, na prática, torna irrelevante no julgamento o fator preço, ocasionando nulidade do procedimento (fls. 238/253).

2. Para esta Secretaria-Diretoria Geral, apesar dos questionamentos relatados, estão o ajuste e os aditivos em condições de aprovação.

Afaste-se, por primeiro, a questão relativa às prorrogações. Como bem acentuou a Assessoria Técnica Jurídica, o dispositivo mencionado como ofendido não se aplica à espécie já que não se trata de serviços contínuos.

Ademais, cuida-se da elaboração de projeto complexo, estando justificadas as prorrogações, como se verifica do documento de fl. 182, à vista da necessidade de serem colhidas manifestações de todos os órgãos e técnicos envolvidos no processo de desenvolvimento do trabalho.

Com relação à falta de publicação do edital de licitação em jornal de grande circulação, a falha efetivamente ocorreu, da mesma forma como se deu em outras licitações da mesma unidade à época.

Considerando, todavia, as explicações da Origem, dando conta de que houve publicidade, através de revista especializada, acreditamos que a falha não chega a macular inteiramente o procedimento, podendo o contrato ser aprovado com determinação.

No tocante à questão agora ventilada referente à fórmula então utilizada pela Origem no julgamento das propostas - impugnada por ilustre Vereador, conforme fls. 242/253 - trata-se de matéria já discutida no TC nº 72.004.096.95*47, no qual foi determinada a alteração dos critérios utilizados, existindo informe naqueles autos de que o procedimento questionado não é mais utilizado desde outubro de 1995.

Apesar do reconhecimento, naqueles autos, de que o procedimento não era correto por praticamente tornar irrelevante no julgamento o fator preço, considerando que a Origem não mais se utiliza daquela fórmula e que ajustes resultantes de licitações idênticas foram acolhidos por esta Corte (p.ex: TC nº 72.006.178.95*80 e TC nº 72.006.090.95*31), opinamos pela aprovação.

Ante todo o exposto, propomos o acolhimento do ajuste e dos aditivos, com a determinação já referida atinente à falta de publicação do edital em jornal de grande circulação.

Deixamos ao elevado critério de Vossa Excelência o exame e eventual atendimento da sugestão da douta Chefia da Assessoria Jurídica no sentido da aplicação de pena de advertência ao responsável pela impropriedade.

São Paulo, 05 de agosto de 1997

**VANDA DE OLIVEIRA PASQUALIN**
Secretária-Diretora Geral
Substituta

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.006.176/95*55, do qual é Relator o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em acolher o ajuste e os aditamentos, aplicando à Comissão de Licitação **multa de 238,30 UFM's**, tendo em vista a falta de publicação do edital em jornal de grande circulação.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO – Revisor, e os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador da Fazenda Municipal RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de novembro de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

RUI CORRÊA
Conselheiro Substituto
Relator

Egrégio Plenário

Cuidam os autos de recurso interposto às fls. 282/287 pelos membros da Comissão de Licitações da Secretaria de Vias Públicas, em face da decisão proferida por esta Corte, às fls. 271, que lhes aplicou a multa de 238,30 UFIR's, em razão da falta de publicação do edital em jornal de grande circulação, em licitação sob a modalidade de Concorrência. A Procuradoria da Fazenda Municipal aderiu ao recurso às fls. 296, postulando a desclassificação da pena de multa, para a de simples advertência.

Requerendo o cancelamento da multa que lhes foi imposta, alegam os recorrentes em síntese, que o Edital teria sido publicado no Diário Oficial do Município e em revista especializada, alcançando grande número de empresas do ramo, sem prejuízo à competitividade do certame ou ao Erário. Sustentam também que a responsabilidade pela ausência de publicação não seria dos membros da Comissão de Licitações, mas de uma divisão de apoio, que teria se enganado não intencionalmente. Asseveram, ainda, que em nenhum momento teriam sido intimadas para se manifestar a respeito da irregularidade apontada.

A AT e SDG opinaram pelo conhecimento do recurso, mas pelo seu improvimento, em razão da clara violação à disposição legal, irregularidade que somente não acarretou a nulidade do certame em virtude da situação já se encontrar estabilizada pelo Direito (fls. 293/295 e 297).

É o relatório.

VOTO

Não conheço do recurso adesivo da PFM, por ausência de possibilidade jurídica e de legitimidade recursal.

Na sistemática processual civil pátria, não cabe recurso adesivo que não seja contraposto ao do recorrente principal (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, volume nº 131, página 247), além de não ser possível admitir-se recurso adesivo visando contornar a perda do prazo (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, volume nº 102, página 168).

Por outro lado, a PFM carece de legitimidade para intentar a desclassificação de multa aplicada por esta Corte a agente municipal, porque estaria atuando contrariamente aos interesses do Erário e no interesse de pessoa físicas, exercendo em conseqüência procuratório desprovido de amparo legal.

A doutrina e a jurisprudência, por fim, orientam-se com segurança no sentido de ser incompatível a função procuratória da Fazenda Pública junto aos Tribunal de Contas, com a função de fiscal da lei, função esta que exige neutralidade e garantias específicas, sendo portanto própria somente do Ministério Público (conferir José Afonso da Silva, Curso de Direito constitucional Positivo, Editora Revista dos Tribunal, 1991, pág. 508; João Lopes Guimarães, Revista "Justitia" volume nº 110,pag 123; Hugo Nigro Mazzili, Ministério Público no Tribunal de Contas, Revista de Direito Público nº 97, pág. 150; voto do Ministro do Supremo tribunal Federal Moacir Amaral Santos, na Revista Trimestral de Jurisprudência, volume nº 61, pág. 139).

Quanto ao recurso principal interposto, suas razões não encontram amparo jurídico.

Evidentemente, o fato de o Edital da Concorrência ter sido publicado no D.O.M. e em revista especializada, não dispensa a obrigatoriedade legal da publicação em jornal de grande circulação, conforme os claros termos do art. 21. inciso III, da Lei 8.666/93. Não se trata de mera formalidade legal ou determinação secundária, mas exigência comezinha e básica da licitação nessa modalidade, garantia da ampla divulgação que asseguraria a participação do maior número de interessados e a apresentação de melhores

propostas à Administração. Como bem salientou SDG, "inegável a ocorrência da irregularidade, capaz de levar à nulidade do certame" (fls. 297/298).

A Comissão de Licitações, ao contrário do alegado, teve oportunidade de manifestar-se em sua defesa às fls. 232/235, ocasião em que sustentou as mesmas teses defendidas no presente recurso, e que já foram reiteradamente afastadas pelos órgãos técnicos desta Corte e por SDG. Não há que se falar em ausência de culpa dos membros da Comissão de Licitação, ou em motivos que ensejariam o cancelamento da multa.

Em face do exposto, na esteira de AT e SDG, conheço do recurso interposto pelos membros da Comissão de Licitações para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão recorrida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o meu voto.

São Paulo, 14 de outubro de 1998.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.006.176/95*55, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

**ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, não conhecer do recurso adesivo da Procuradoria da Fazenda Municipal, por ausência de possibilidade jurídica e de legitimidade recursal.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, conhecer do recurso interposto pelos membros da Comissão de Licitações, por tempestivo, e no mérito, negar-lhe provimento, mantendo o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, e o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA.

Presente o Procurador da Fazenda Municipal RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14de outubro de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator