JURISPRUDÊNCIA

TC nº 6.178/95*80

Concorrência - SVP - GEPROCAV - projetos básico e executivo para obras de ampliação da capacidade de vazão de córrego - ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação - publicação apenas no DOM e em revistas especializadas - irregularidade - ajuste acolhido com imposição de multa de 5 UFM's a cada membro da comissão de licitação - RECURSO - conhecido e provido, para exoneração dos recorrentes da multa imposta - m.v.

Exmo. Sr. Cons.º Relator

Examina-se o contrato nº 138/95, pelo qual SVP contratou a elaboração dos projetos básicos e executivo das obras de ampliação da capacidade de vazão ao Córrego Cabuçu de Baixo.

O ajuste foi precedido de concorrência cujo edital foi publicado apenas no Diário Oficial do Município, pois a Secretaria publica em jornal de grande circulação as concorrências internacionais.

Com acerto aponta a Assessoria Técnica o equívoco da Origem, cujo procedimento carece de amparo legal. É obrigatória a determinação da publicação em jornal de grande circulação para que se atenda o princípio da publicidade a que está adstrita a Administração Pública em todos os seus atos, e especialmente nas concorrências, em que se objetiva a melhor proposta para o Poder Público e a igualdade entre os interessados, que sequer puderam opor-se à irregularidade, dada a falta de divulgação que caracterizou o procedimento licitatório.

Dessarte, entendo irregular a despesa, opinando pela sua rejeição e, de qualquer modo, alertando-se a Secretaria para que corrija a prática ilegal.

À consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 16 de maio de 1996.

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

DECLARAÇÃO DE VOTO

O edital da concorrência, no item 8.3.3. da cláusula 8, contém vício insanável, arredando a livre competição quanto ao preço.

A questão pontual residiu no emprego de fórmula matemática, para aferição da proposta comercial, em que o quociente é tomado por módulo, ou seja, se for diferente de zero, será sempre positivo.

Uma análise precisa deste critério de julgamento foi efetuada por SFC, no TC nº 4.096.95-47, concluindo o I. Assessor Subchefe da Engenharia, Marcos Arrivabene Sanches:

> "Claro está que qualquer valor da proposta comercial, oferecido pelos licitantes, diferente (maior ou menor) do valor orçado pela PMSP implica em pontuação menor que a máxima possível para a pontuação da proposta comercial (PC máximo 100).
>
> Assim sendo, tal critério de pontuação induz o valor orçado pela PMSP ser fixado, pelos participantes da concorrência, como referência, eliminando-se assim a possível competição relativa aos preços.
>
> Visto ser uma concorrência do tipo "técnica e preço", uma vez frustrada a competição no que diz respeito a preços a pontuação final – por força da fórmula que a define (Pont. Final = 0,7 x Pont. Técnica + 0,3 x Pont. Comercial) – acompanhará a pontuação técnica (PT) que tem peso significativo (70%) e, via de regra, sua avaliação está sujeita a critérios subjetivos" (fls. 20 daquele processado).

Aduzo, mais, a aplicação da referida fórmula faz com que o único critério de julgamento seja a pontuação técnica, porquanto todos os licitantes acabarão ofertando o preço orçado pela Prefeitura (apenas a título de ilustração, lembro que nem na licitação do tipo "melhor técnica" isso ocorre, "ex-vi" do disposto no art. 46, § 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.666/93, sendo, portanto, os preços ofertados sempre levados em consideração para efeito de apuração do vencedor).

Dessarte, sob o aspecto formal de licitação de técnica e preço, criou a Administração um outro tipo de certame não previsto nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/93, ferindo, em conseqüência, o disposto no § 5º do art. 45 do diploma legal mencionado.

Ademais, injustificável o procedimento da Origem não publicando o ato convocatório em jornal de grande circulação, sob a alegação de que "apenas as concorrências de âmbito internacional estão sendo publicadas em diário de grande circulação".

Nesse ponto, legislou S.V.P. em causa própria, no desatendendo ao prescrito no art. 52 da Lei Municipal nº 10.544/88 e art. 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, e inobservando, em conseqüência, os princípios constitucionais da publicidade e da isonomia.

Destarte, meu voto é pela irregularidade do certame licitatório, e, consequentemente, do contrato em julgamento, aplicando-se ao ordenador da despesa a multa de 5 (cinco) UFM's, com fundamento nos arts. 52, II e 53, ambos da Lei nº 9.167/80.

São Paulo, 24 de julho de 1996.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-006.178.95-80, retirado de pauta pelo Conselheiro Substituto JOÃO ALBERTO GUEDES, na 1.678ª S.O., e, devolvidos, na presente sessão pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 1.679ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, consoante os votos dos Conselheiros Substitutos JOÃO ALBERTO GUEDES – Relator e MARIA CRISTINA JUNQUEIRA – Revisora, bem assim pelo voto do Conselheiro FRANCISCO MARTIM GIMENEZ, em nome da estabilidade das relações jurídicas, pelo acolhimento do ajuste. Vencido o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, que votou pela irregularidade do certame licitatório e, consequentemente, do contrato em julgamento, conforme declaração de voto apresentada em separado.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aplicar a multa de 5 (cinco) UFM's a cada integrante da Comissão de Licitações da Secretaria de Vias Públicas.

Participaram do julgamento a Conselheira Substituta MARIA CRISTINA JUNQUEIRA - Revisora, e os Conselheiros FRANCISCO MARTIM GIMENEZ e ANTONIO CARLOS CARUSO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto RENATO TUFI SALIM.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 24 de julho de 1996

EURÍPEDES SALES
Presidente

JOÃO ALBERTO GUEDES
Conselheiro Substituto
Relator

RELATÓRIO

Apesar do acolhimento do ajuste, ficou acordada a aplicação de multa de 5 UFM's a cada integrante da Comissão de Licitações da Secretaria de Vias Públicas, por infringência ao artigo 52, da Lei Municipal nº 10.544/88 e também ao artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei federal nº 8.883/94 (falta de publicação do edital em jornal de grande circulação).

Intimados regularmente, os interessados interpuseram Recurso, o qual foi apreciado pelos Órgãos Técnicos desta Corte.

Nesta oportunidade, transcrevo parte do parecer exarado pela Assessora Subchefe, Dra. Roseli de Morais Chaves, às fls. 242/243 dos autos:

"... Ressaltam os recorrentes que a falta de publicação em diário de grande circulação não trouxe prejuízo efetivamente ao erário, bem como alegam a inexistência de má-fé por parte dos membros da Comissão de Licitação. Assim, em síntese, alegam que não resultou dano à Administração.

Nos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, temos que "a multa administrativa é toda imposição pecuniária a que se sujeita o administrado a título de compensação do dano presumido da infração".

Acolhendo as alegações dos recorrentes, entendemos que razão lhes assiste, pois que a Comissão vinha procedendo regularmente às publicações, contudo, a sobrecarga de serviço resultou na falha apontada. Porém, houve efetivamente a publicação no D.O.M. e em revista especializada do ramo.

Esses fatos nos fazem rever nossa posição e propor o conhecimento do recurso, por tempestivo, e o seu acolhimento para exonerar os recorrentes da multa imposta".

Da mesma forma, entende a procuradoria da Fazenda, ou seja, pelo conhecimento e provimento do Recurso.

É o relatório.

VOTO

Considerando as manifestações da Assessoria Técnica, **CONHEÇO** do recurso, por tempestivo, e, no mérito, dou-lhe provimento, para o fim de exonerar os recorrentes da multa imposta.

Contudo, **DETERMINO** à Comissão de Licitações da Secretaria de Vias Públicas a estrita observância das exigências legais relacionadas com a publicação do certame público, nos termos do artigo 52, da Lei Municipal nº 10.544/88 e 21, inciso III da Lei Federal nº 8.666/93.

São Paulo, 26 de novembro de 1997.

DJALMA DONATO
Conselheiro Substituto

D E C L A R A Ç Ã O D E V O T O

Preliminarmente, esclareço que meu voto se circunscreverá à apreciação das razões do recurso interposto às fls. 193/196, pois o pedido de "aditamento", de fls. 213, está precluso.

Entendo, na esteira da manifestação de S.D.G. (fls. 252/254), que o apelo não merece ser provido.

Cuida-se, no caso, de aplicação de multa aos agentes públicos por inobservância de requisitos legais aplicáveis à espécie e não, como entenderam os recorrentes e a Sra. Subchefe da A.T., de compensação de dano presumido.

Tanto a lei municipal nº 10.544/88, no artigo 52, "caput", quanto a lei federal nº 8.666/93, art. 21, III, determinam a publicação do aviso de abertura de concorrências em jornal de grande circulação.

Poderá, obviamente, a Administração alargar sua divulgação com a finalidade de ampliar a área de competição.

Entretanto, essa divulgação extra não supre determinação da lei.

A respeito, no estudo da Lei Federal nº 8.666/93, ensina-nos Marçal Justen Filho; em "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", pág. 113:

> " É obrigatória a publicação do aviso da licitação por três dias consecutivos em jornal diário.
> .....
> Estão excluídos os jornais de circulação "dirigida" (aqueles distribuídos para determinadas parcelas da população). Também se excluem os jornais que não sejam de fácil acesso a qualquer interessado."

Assim sendo, voto pelo conhecimento do recurso, por tempestivo, e, pelas razões expostas, não provimento, mantendo-se a r. decisão, ora recorrida.

São Paulo, 03 de dezembro de 1997

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do TC nº 72-006.178.95-80, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 1.777ª S.O., quando votou o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO – Relator.

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 do recurso, por tempestivo, e, no mérito, por maioria, pelos votos do Conselheiro Substituto DJALMA DONATO – Relator, do Conselheiro EDSON SIMÕES e do Conselheiro Substituto RUI CORRÊA, em dar-lhe provimento, no sentido de exonerar os recorrentes da multa imposta, determinando à Comissão de Licitação da Origem que observe estritamente as exigências legais relacionadas com a publicidade do certame público, nos termos do artigo 52, da Lei Municipal nº 10.544/88 e artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93.

Vencido o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor que, no mérito, votou pelo não provimento do recurso interposto, mantendo o V. Acórdão recorrido.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, EDSON SIMÕES e o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, em gozo de férias.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 03 de dezembro de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

DJALMA DONATO
Conselheiro Substituto
Relator, com voto na 1.777ª S.O.