EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-008.044.98-38

6º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou irregulares a Tomada de Preços e o Contrato de serviços de modificação do "layout" e reforma geral. HSPM. NÃO CONHECIDOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 535, I e II, CPC. Art. 144, RITCMSP.

2.804ª Sessão Ordinária

5º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Reforma do julgado. Serviços de modificação do "lay out" e reforma. HSPM. Efeito infringente não permitido. NÃO CONHECIDO. Votação unânime.

2.420ª Sessão Ordinária

4º Julgado

RECURSOS. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares a Tomada de Preços e o Contrato, aplicou multa e determinação. Serviços de modificação do "lay out" e reforma. HSPM. Ausentes os pressupostos de admissibilidade. NÃO CONHECIDOS. Votação por maioria.

2.104ª Sessão Ordinária

3º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Reforma do julgado. Serviços de modificação do "lay out" e reforma. HSPM. Ausentes os pressupostos de admissibilidade. NÃO CONHECIDO. Votação unânime.

1.990ª Sessão Ordinária

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares a Tomada de Preços e o Contrato e aplicou multa. Serviços de modificação do "lay out" e reforma. HSPM. Determinação de encaminhamento de ofício ao MPESP excluída. CONHECIDOS. Votação unânime. Voluntários NEGADO PROVIMENTO. PFM PROVIDO PARCIALMENTE. Votação por maioria.

1.948ª Sessão Ordinária

1º Julgado

ANALISE. TOMADA DE PREÇOS. CONTRATO. HSPM. Serviços de modificação do "lay out" e reforma. Ausência de classificação das propostas e de publicação do edital em jornal de grande circulação. Acessoriedade. IRREGULARES. MULTA. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

Legislação citada: Arts. 82, 130, 145, III e IV, CC. Arts. 21, III, 43 e 64, § 2º, Lei 8.666/93. Art. 207, Lei Mun. 8.989/79. Art. 52, II, Lei 9.167/80. Art. 133, RITCMSP.

1.885ª Sessão Ordinária

6º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração –, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em não conhecer dos embargos de declaração opostos, mantendo-se a decisão embargada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar, após as comunicações de praxe, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de abril de 2015.

ROBERTO BRAGUIM
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO

Cuida o TC n.º 8.044.98-38 da análise do Contrato nº 176/98, decorrente da Tomada de Preços n.º 42/98, firmado entre o Hospital do Servidor Público Municipal e a empresa Épura Engenharia e Construções Ltda., no valor de R$ 1.526.902,17, tendo como objeto a contratação de serviços de modificação de layout nas dependências do 8º andar do Hospital, compreendendo reforma geral para a instalação de novas dependências para a maternidade, berçário, enfermaria e UTI de pediatria.

Examinam-se, nesta fase processual, novos Embargos de Declaração interpostos pelos senhores Helder Durand Ribeiro Cabral (fls. 1813/1826), Benildo de Melo (fls. 1827/1840) e Marcelo de Queiroz Elias (fls. 1843/1856) seguido dos documentos às fls. 1857/1862, em face do V. Acórdão deste Egrégio Tribunal de Contas, à fl. 1812, que "*..., à unanimidade, decidiu em não conhecer dos embargos de declaração, visto que os embargantes tentaram imprimir-lhes efeito infringente, sendo que, para este caso específico, não é permitido*" (publicado em 30 de abril de 2009).

Em síntese, insistem e requerem os embargantes, provimento dos seus embargos de declaração para modificar o V. Acórdão e conhecer o seu julgamento quanto ao mérito, pois, além de não contar com fundamentação clara e precisa quanto aos exatos motivos pelos quais seus recursos de revisão não foram conhecidos, ainda incorreram em erro, vez que presentes os pressupostos legais de admissibilidade, mantendo desta feita o voto vencido proferido pelo Excelentíssimo Conselheiro Maurício Faria às fls. 1.727/1.737.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, no parecer acostado às fls. 1866/1872, entendeu que os embargos em questão são meramente procrastinatórios, uma vez que não preenchem os requisitos de admissibilidade previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil, não havendo também no julgado, nenhum vício material passível de modificação por meio desta via. Ao final,

opinou por sua rejeição tendo em vista a ausência da alegada contradição, mantendo-se o V. Acórdão embargo em sua íntegra.

A seu turno, a Procuradoria da Fazenda Municipal, às fls.1874/1875, aduziu que muito embora o V. Acórdão em comento não retrate seu entendimento, "com todo respeito, pensa que novos embargos de declaração não configuram o meio processual adequado para reformar o posicionamento desta C. Corte de Contas no acórdão aludido, eis que dele se infere de forma clara e precisa que os embargos de declaração não foram admitidos no intuito de reformar o quanto restou decidido no V. Acórdão em 16 de julho de 2003". Diante disso, opinou pelo não conhecimento dos embargos declaratórios e, quanto ao mérito, deverão ser julgados improcedentes, ante a clareza e ausência de contradição do V. Acórdão embargado.

Na sequência, a Secretaria Geral opinou preliminarmente às fls. 1877/1879 pelo conhecimento dos Embargos, vez que preenchidos os requisitos de admissibilidade, e, quanto ao mérito, manifestou-se pela total improcedência, por não se vislumbrar no V. Acórdão de fl. 1812, obscuridade, contradição ou omissão, que careçam de declaração, devendo, portanto, ser mantida a íntegra da V. Decisão guerreada.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Em julgamento os novos Embargos de Declaração opostos pelos senhores Helder Durand Ribeiro Cabral, Benildo de Melo e Marcelo de Queiroz Elias, em face do Venerando Acórdão deste Egrégio Tribunal de Contas, publicado em 30 de abril de 2009, que "*..., à unanimidade, decidiu em não conhecer dos embargos de declaração, visto que os embargantes tentaram imprimir-lhes efeito infringente, sendo que, para este caso específico, não é permitido*".

Em síntese, requerem os embargantes seja dado provimento aos presentes embargos de declaração para modificar o Venerando Acórdão de 16 de julho de 2003, e conhecer o Recurso de Revisão interposto em janeiro de 2002 e propiciar o seu julgamento quanto ao mérito, uma vez que o Venerando Acórdão ora atacado além de não constar com a fundamentação clara e precisa quanto aos exatos motivos pelos quais o Recurso de Revisão não fora conhecido, incorreu em erro, posto que *"resta cabalmente comprovado o atendimento dos pressupostos legais para a sua admissibilidade"*.

No presente TC o que se vislumbra na fundamentação dos embargantes é que estes buscam imprimir efeito infringente aos seus Embargos, quando buscam a *modificação* do julgado e *não* sanar obscuridade, omissão ou contradição para justificar o cabimento dos presentes embargos, consoante dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil e artigo 144 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Observo que os embargos de declaração em questão foram opostos pela segunda vez e com o mesmo conteúdo e matéria, o que não é admitido. Este entendimento é corroborado pelo STF no seguinte julgado:

*"Os segundos embargos de declaração só são admissíveis se os vícios neles apontados e compatíveis com sua natureza se alegam como existentes no acórdão que julgou os primeiros embargos e, não quando se voltam a repisar o que já foi repisado nestes e por eles rejeitados." STF 1ª Turma, AG 210.773-6-DF-AGRG-EDcl-EDcl, j. 25.5.99, rejeitaram os embs., v.u., DJU 25.6.99, p. 26). No mesmo sentido: RTJ97/328, 97/*1.113, 115/372, 116/234, 177/440; RSTJ 88/28, 111/246, RT 629/123, 634/126; RJTJESP 113/382, RP 21/299*

Por todo o exposto, **NÃO CONHEÇO** dos embargos de declaração opostos, mantendo-se a decisão embargada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

5º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Eurípedes Sales.

Acordam os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em não conhecer dos embargos de declaração, visto que os embargantes tentaram imprimir-lhes efeito infringente, sendo que, para este caso específico, não é permitido.

Participaram do julgamento os Conselheiros Edson Simões – Revisor, Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 18 de março de 2009.

Roberto Braguim
Presidente

Eurípedes Sales
Relator.

4º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Maurício Faria – Revisor "ad hoc", após vista que lhe fora concedida, na 2.103ª S.O., quando votou o Conselheiro Eurípedes Sales - Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Relator, Edson Simões e Fernando de Paula Simões, em não conhecer dos apelos, por ausentes os pressupostos legais para a sua admissibilidade.

Vencido o Conselheiro Maurício Faria – Revisor "ad hoc", nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Revisor "ad hoc", Edson Simões e Fernando de Paula Simões.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 16 de julho de 2003.

Antonio Carlos Caruso
Presidente

Eurípedes Sales
Relator.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Insurgem-se os recorrentes tanto contra o v. Acórdão proferido por este E. Tribunal Pleno em 27/10/99, que julgou irregular a Tomada de Preços n° 42/98 e o Contrato n° 176/98, dela decorrente, com severas determinações e aplicação de multa ao ordenador da despesa e aos membros da Comissão de Licitação, bem como contra o v. Acórdão de 09/11/2000, que negou provimento aos recursos interpostos.

Quanto à preliminar arguida por Benildo de Melo, afirmando cerceamento de defesa diante do fato de que os membros da Comissão de Licitação não foram intimados para apresentar manifestação e o v. Acórdão

aplicou-lhes penalidade, entendo que tal alegação descabe em sede deste pedido de revisão, tratando-se portanto de matéria preclusa.

No que tange aos demais aspectos em que se fundamentam os pedidos de revisão, em síntese, os mesmos já abordados pelos autores nos recursos ordinários já julgados por esta E. Corte, trazem estes consigo o argumento que, salvo melhor juízo, encontra amparo no artigo 45, inciso V, da Lei Municipal nº 9.167/80, no sentido de que tanto o v. Acórdão de 27/10/99 quanto o v. Acórdão de 09/11/2000 colidiram com o disposto no artigo 54 da Lei Municipal n° 10.544/88, à época em vigor e que regeu aquela Tomada de Preços, tendo em vista que ali não se encontra qualquer exigência quanto à publicação do aviso de abertura da tomada de preços em veículo de grande circulação.

Assim, em face dos argumentos trazidos pelos recorrentes, em especial com base nos aditamentos aos apelos, entendo que os Recursos de Revisão têm seu fundamento de admissibilidade no artigo 45, inciso V, da Lei Municipal nº 9.167/80, bem como no artigo 148, inciso III, do Regimento Interno deste Tribunal, que preceituam o cabimento da revisão quando a decisão ou o acórdão for proferido contra expressa disposição de lei. Com efeito, decidiu este E. Tribunal Pleno, no v. Acórdão proferido em 27/10/99, pela irregularidade da Tomada de Preços n° 42/98, e, por consequência, do Contrato n° 176/98, determinando o envio de ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, remetendo-lhe cópia do julgado, como princípio de prova para apurar eventual conduta que corresponda à não-observância, quando da realização do presente certame, do disposto nos artigos 82, 130 e 145, incisos III e IV, do Código Civil, especificamente os artigos 21, inciso III, 43 e 64, § 2°, da Lei Federal n° 8.666/93, com suas alterações, bem como, de outra parte, oficiar à Origem, remetendo-lhe cópia do julgado para instauração de inquérito administrativo, nos termos do artigo 207 da Lei Municipal n° 8.989/79, a fim de apurar responsabilidade civil e administrativa por eventual lesão ao Erário.

Decidiu-se ainda, naquele julgado, pela aplicação de multa de 238 UFIRs ao ordenador da despesa, à época, e a cada membro da Comissão de Licitação, pelo ato negligente de omissão ante a inobservância de deveres que lhes competiam, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal n° 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno da Corte, e, por fim, pela determinação de retorno dos autos ao Departamento de Auditoria desta Corte, para análise da execução contratual e de termo de aditamento, caso fosse este efetivamente lavrado.

Posteriormente, o “decisum” a que se faz menção foi reformado em parte pelo v. Acórdão proferido em 09/11/2000, que, negando provimento aos recursos interpostos por Marcelo de Queiroz Elias, Benildo de Melo, Helder Durand Ribeiro Cabral e Edson Caram, deu provimento parcial ao recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, para excluir a determinação contida naquele julgado de se encaminhar ofício ao Ministério Público do Estado, ante a inexistência de dolo, má-fé ou prejuízo ao Erário.

Não obstante ser a matéria polêmica e de alta indagação, havendo controvérsia doutrinária acerca de muitas questões relacionadas ao conceito das normas gerais introduzidas pela Lei Federal n° 8.666/93, com suas posteriores alterações, cumpre destacar que a forma de publicação dos editais de licitação é matéria que diz respeito não apenas ao princípio da publicidade, mas, também, ao peculiar interesse local, estando, por conseguinte, no campo das disciplinas da competência legislativa suplementar dos Municípios a que alude o inciso II do artigo 30 da Constituição Federal.

Aliás, tal assertiva se afirma como adjacência do próprio cumprimento do princípio da publicidade, pois a garantia do pleno conhecimento do edital por todos os eventuais interessados em participar do certame variará em forma e intensidade, de acordo com as peculiaridades de cada ente federado, de modo a fugir da abrangência da norma geral a sua disciplina.

Nesse sentido, filio-me, entre outras, à doutrina do Prof. José Afonso da Silva, que, em seu "Curso de Direito Constitucional Positivo" (9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992), após considerar, em face do princípio constitucional da publicidade, que esta '*se faz pela inserção do ato no jornal oficial ou por edital afixado no lugar de divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e início de produção de seus efeitos'* (p. 572), assevera que, em matéria de licitação, *'aos Estados, Distrito Federal e Municípios compete legislar suplementarmente sobre a matéria no que tange ao interesse peculiar de suas administrações'* (p. 574).

A preocupação dos doutrinadores com a autonomia legislativa dos Estados e Municípios, no que concerne ao tema licitação, é tratada em todos os compêndios que se dedicam ao tema.

Desta forma, ressalta a Profª. Alice Gonzalez Borges (In: RDA 194, p. 97/106) que '*o grande problema é saber quais são as normas gerais de aplicação que, constitucionalmente, o legislador federal, ainda dispondo em caráter nacional, pode impor à obrigatória observância das ordens federadas. E, se bem repararmos, são estas as que estão causando maior celeuma em todo o País*'.

Nesse diapasão, sobre a norma estabelecida pelo artigo 21 da Lei Federal nº 8.666/93, pondera a renomada autora: *'dizer a Lei que os instrumentos convocatórios das licitações devem ser amplamente tornados públicos, para que sejam do mais amplo conhecimento de todos, é norma geral de conteúdo, plena realização prática dos princípios constitucionais da igualdade dos licitantes, da vedação da discriminação entre brasileiros, da publicidade dos atos da administração. Mas determinar a Lei que os instrumentos convocatórios deverão ser publicados tantas vezes, em tantos jornais, pode acarretar, aos Municípios mais pobres, um ônus insuportável, que até inviabiliza a realização da licitação, acabando esta mais cara que a contratação pretendida'.*

Carlos Ari Sundfeld, por seu turno, após proceder ao estudo das normas que podem ser, frente à Lei Federal nº 8.666/93, apontadas

como gerais, assinala a inconstitucionalidade do inciso III do art. 21, ao afirmar serem *'matérias próprias para as normas suplementares estaduais, distritais e municipais, entre outras, a definição (...) dos prazos em geral, da intensidade e da forma exata de publicidade dos atos convocatórios (...)*' (In: Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 30).

Desse mesmo entendimento comunga o E. Tribunal de Contas do Estado do Paraná, conforme se verifica pela ementa do seguinte julgado:

> *'Licitação. Tomada de Preços. Publicação no D.O.E. Dispensa. LF 8.666/93 – art. 21, II. Inconstitucionalidade. Violação da autonomia municipal. Dispensável a publicação de edital de tomada de preços no Diário Oficial do Estado, conforme prevê o art. 21, II, da Lei 8.666/93, pois trata-se de dispositivo inconstitucional, já que interfere na autonomia dos Municípios assegurada pela Carta Magna. A publicação em diário local é suficiente'*
>
> (TCE/PR – TC 7.794/95 RTCE/PR nº 114, abr./jun/95, p. 227 ementa colacionada por Antonio Roque Citadini, em sua obra "Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações". 2ª. Ed., São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 137).

Frente a tais considerações, o que se conclui é que, em face do ordenamento jurídico municipal em vigor à época da realização da Tomada de Preços n° 42/98, a Lei Municipal n° 10.544/88 disciplinou a forma de publicidade da tomada de preços de maneira diferente do que dispôs para as concorrências. Frise-se que, para estas últimas, estabeleceu expressamente a necessidade de publicação no Diário Oficial do Município e também em jornal diário de grande circulação, além de outros meios indicados pelo artigo 52.

De outra forma, no caso das tomadas de preços, assim preceituou:

'Artigo 54 – Na tomada de preços, a convocação será feita mediante publicação do aviso de abertura, por uma vez, no órgão de divulgação oficial do Município e afixação do edital resumido em local acessível aos interessados, observando-se prazo mínimo de 15 (quinze) dias entre a data de publicação e a data designada para recebimento das propostas'.

Ademais, não trilhou de forma diversa a nova Lei Municipal n° 13.278, de 07/01/2002, ao disciplinar as normas específicas acerca das licitações e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo, pois também o fez segundo o interesse local, quando dispôs:

'Artigo 17 – As formas e prazos de publicidade de atos convocatórios são aqueles a seguir definidos:
I –
...
II – editais de tomada de preço serão publicados, por uma vez, no Diário Oficial do Município, observando-se o prazo mínimo de 15 (quinze) dias entre a publicação e a data de recebimento de documentação e propostas. ...

§ 2° - Os atos convocatórios, sem distinção de modalidade, serão sempre disponibilizados para consulta nas repartições e divulgados seus extratos pela Internet'.

Destarte, os agentes públicos municipais, ao publicarem os avisos dos atos convocatórios das tomadas de preços apenas no órgão de imprensa oficial, estavam, como de fato estão, cumprindo o quanto determinado pela Lei local regedora da espécie, o que equivale dizer que, ainda que se entendesse ser o inciso III do artigo 21 da Lei Federal n° 8.666/93 norma geral, não haveria como impor ao Administrador Municipal a sua aplicação em detrimento do diploma municipal.

É, pois, quanto a este aspecto, que o v. Acórdão de 27/10/99 foi proferido contra expressa disposição da Lei Municipal n° 10.544/88, apenando indevidamente os agentes públicos por conduta que não poderia ser considerada irregular, visto que amparada pela legislação municipal então em vigor.

A par disso, ressalto que, embora eventual divergência de julgado não constitua atenuante aos responsáveis para o fim de isentá-los de penalidades aplicadas, merece ser considerado o fato de que os órgãos julgadores deste E. Tribunal têm decidido de maneira mais branda em idêntica questão de direito - **inclusive em relação à modalidade de licitação concorrência** - conforme se vê pelos recentes julgados proferidos nos TCs nºs 12.399.98-77 e 3.588.99-30.

No primeiro caso, a v. Decisão da Colenda Segunda Câmara, de 21/02/2001, acolheu o certame licitatório e o contrato, levados a efeito pelo próprio Hospital do Servidor Público Municipal, com determinação no sentido de que erros como os apontados não serão mais tolerados, sob pena de rejeição dos atos.

Vale destacar que os erros apontados foram justamente a falta de assinatura no edital e a não-publicação do edital da Tomada de Preços em jornal de grande circulação.

No segundo, o v. Acórdão, proferido em 12/09/2001, acolheu o procedimento licitatório sob a modalidade Concorrência e também o

contrato, levados a efeito pelo próprio HSPM, com determinação à Origem para que, no futuro, não ocorram as falhas nos certames licitatórios, em especial nos atos concernentes à publicidade.

Aqui também as falhas apontadas foram a não-publicação em jornal de grande circulação e a ausência de data e assinatura no edital.

Ainda acerca do mesmo assunto, constituem jurisprudência desta E. Corte os seguintes julgados:

- TC 2.209.96-41, cujo v. Acórdão acolheu o ajuste, embora com irregularidade referente à falta de publicação do edital em jornal de grande circulação;

- TC 6.178.95-80, cujo v. Acórdão, dando provimento ao recurso, exonerou os membros da Comissão de Licitação da multa imposta, com determinação à Origem no sentido da observância do artigo 52 da Lei Municipal n° 10.544/88 e artigo 21, inciso III, da Lei Federal n° 8.666/93;

- TC 2.286.95-01, cujo v. Acórdão, dando provimento aos recursos, exonerou os recorrentes das multas impostas.

Portanto, sem embargo do respeitável entendimento exarado por esta Egrégia Corte, parece-me que o avanço da legislação e da própria doutrina, no sentido de reconhecer o peculiar interesse local e sua manifestação sob espectros distintos em cada município, são fatores que dão azo à necessidade de repensar a extensão e o sentido de generalidade insculpido na regra do artigo 21, inciso III, da Lei Federal n° 8.666/93.

Ademais, concorre para o aludido entendimento o fato de que, na atualidade, com os recursos proporcionados pela Internet, meio eletrônico cada vez mais adotado e utilizado, a divulgação dos atos e avisos em geral da Administração Pública constitui procedimento operacional, em processo dinâmico de aperfeiçoamento, tendo em vista a segurança das informações, as facilidades de acesso e de participação dos interessados pelos assuntos governamentais.

No presente caso, verifica-se que o princípio da publicidade restou atendido pela publicação do aviso da Tomada de Preços n° 42/98 no DOM e sua veiculação pela rede Internet, inclusive por serviços on-line, à qual acudiram quinze empresas interessadas na retirada do edital.

Pelo exposto, conheço dos pedidos de revisão, uma vez que atendidos os pressupostos legais e regimentais de admissibilidade.

Assim, no que se relaciona ao mérito dos recursos sob exame, e entendendo que o v. Acórdão de 27/10/99 foi proferido contra expressa

disposição da Lei Municipal n° 10.544/88, dou provimento aos apelos, com fundamento no artigo 45, inciso V, da Lei Municipal nº 9.167/80, bem como no artigo 148, inciso III, do Regimento Interno deste E. Tribunal, para o fim de, reformando-se referido julgado, serem acolhidos a Tomada de Preços n° 42/98 e o Contrato n° 176/98, relevando-se as demais impropriedades de natureza formal apontadas pelos órgãos técnicos desta E. Corte, de resto já superadas pela prática dos atos subsequentes da Origem que ratificaram os termos do instrumento convocatório, a homologação e a assinatura do contrato, isentando-se assim os agentes públicos das penalidades impostas, à vista da colacionada jurisprudência, bem como levando-se em conta a inexistência de dolo, má-fé ou prejuízo ao Erário, conforme já reconhecido no v. Acórdão proferido em 09/11/2000.

Mantenho, contudo, a determinação de retorno dos autos à área de auditoria, para análise da execução contratual e de termo de aditamento, se efetivamente lavrado.

3º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 8.044.98-38, ora em grau de recurso - embargos de declaração -, do qual é Relatora a Conselheira Laura Maria de Barros Nascimento.

Acordam os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto da Relatora, em não conhecer dos embargos de declaração interpostos, uma vez que ausentes os requisitos de admissibilidade.

Participaram do julgamento os Conselheiros Mariana P. A. Q. Barbosa - Revisora, Eurípedes Sales e Antonio Carlos Caruso.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 5 de setembro de 2001.

Edson Simões
Presidente

Laura Maria de Barros Nascimento
Relatora.

RELATÓRIO

Os autos em exame cuidam, nesta fase, do julgamento de Embargos de Declaração opostos por Marcelo de Queiroz Elias e Helder Durand Ribeiro Cabral, com fundamento no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, na Lei Municipal nº 9.167/80 e no Regimento Interno desta Corte de Contas, alcançando v. Acórdão proferido em 09 de novembro de 2000, já em grau de recurso.

Alegam os Embargantes, em resumo, que o acórdão questionado não teria enfrentado o tema da aplicabilidade "in casu" do artigo 54 da Lei nº 10.544/88, acrescentando, ainda, a superveniência de decisão prolatada por esta Corte, nos autos do TC nº 2.286.95-01, envolvendo questão análoga e nele decidida de modo diverso.

Pugnam pelo acolhimento dos embargos para o fim de ser dado como regular o Contrato nº 176/98.

A Douta AT-Jurídica manifestou-se pelo conhecimento das peças recursais, mas pelo seu improvimento, mantido irretocável o v. Acórdão hostilizado.

O ilustre Assessor responsável pelo parecer mencionado alicerça suas conclusões no disposto no artigo 557 do Código de Processo Civil, sendo suas conclusões acompanhadas pela Sra. Assessora Subchefe, Dra. Roseli de Morais Chaves.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em seu parecer, concluiu que os embargos merecem ser conhecidos, posto que encontram fundamento na legislação vigente.

No mérito, segundo o sentir do Órgão Fazendário, as razões apresentadas pelos recorrentes merecem ser acolhidas, pois o r. Acórdão embargado não se pronunciou sobre o paradigma referente ao julgamento do TC nº 2.286.95-01, que retrataria situação idêntica à hipótese em exame e no qual a ausência de publicação do edital em jornal de grande circulação foi relevada.

Ademais, na hipótese dos autos, o instrumento convocatório foi publicado no DOM, como determina o artigo 54, da Lei Municipal nº 10.544/88, e, também, veiculado pela Internet, resultando na compra do edital por 15 empresas interessadas, não tendo sido constatado, portanto, prejuízo ao erário.

Opinou, então, a PFM pelo provimento dos embargos, suprindo-se a omissão invocada, com a reforma do V. Acórdão recorrido.

A Secretaria-Diretoria Geral manifestou-se, aduzindo que "a Doutrina e Jurisprudência têm admitido o uso de Embargos Declaratórios

com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, ou seja, para correção de erro material manifesto, suprimento de omissão ou extirpação de contradição".

Os embargantes, ao alegarem a aplicabilidade, ao caso concreto, do artigo 54 da Lei Municipal nº 10.544/88 e a ocorrência de fato superveniente, que foi o julgamento do TC nº 2.286.95-01, procuraram, segundo aquela Secretaria, dar caráter infringente aos embargos, em hipótese, porém, não enquadrada nas excepcionalidades previstas na legislação.

No mérito, SDG entendeu que a questão resume-se à observância ao preceito constitucional da publicidade, previsto no artigo 21, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/93, que, por ser de caráter geral, prevalece sobre o disposto no artigo 54 da Lei Municipal nº 10.544/88.

Finalizando, aquela Secretaria concluiu que os embargantes pretendem a modificação do julgado, o que somente é admissível por recurso próprio, razão pela qual se manifestou pelo não-provimento dos Embargos, ainda que tempestivos.

É o relatório.

VOTO

Os embargos vêm fundamentados em dois argumentos, quais sejam: na omissão de manifestação sobre aplicabilidade do artigo 54 da Lei nº 10.544/88, na hipótese examinada e na superveniência de fato novo, configurado pelo julgamento proferido no TC nº 2.286.95-01, orientado em sentido inverso da decisão embargada.

Do exame efetivado em sede do juízo de admissibilidade resulta que os embargos foram oferecidos tempestivamente, o que possibilitaria a análise dos demais pressupostos, a começar pela questão do cabimento, o que faço a seguir.

Nesse particular impõe-se, desde logo, a análise da perfeita adequação do recurso aos pressupostos específicos fixados na legislação processual, sob pena de restar obstaculizado o prosseguimento de seu enfrentamento.

Os Embargos de Declaração, na concepção da doutrina dominante, buscam apenas o aclaramento da decisão alcançada, sem que seja autorizada a modificação do seu conteúdo.

Confira-se a esse respeito, a lição expressa pelo Professor Nelson Nery Júnior em sua obra "Teoria Geral dos Recursos", 3ª Edição, fls. 368.

Não conduz a outra conclusão o acórdão proferido nos Embargos de Declaração nº 153.460, pela Segunda Câmara do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, in verbis:

> *"Inocorrência de suas causas ensejadoras - Não conhecimento.*
>
> *A obscuridade, contradição ou omissão, ou seja, as causas ensejadoras dos embargos declaratórios, são as que recaem sobre a exteriorização do julgado e jamais sobre o seu conceito da prova, ou conteúdo substancial*
>
> (Acórdão unânime da Segunda Câmara do Segundo TACivSP, Embargos de Declaração 153.460, j. em 25.4.83, relator o Juiz Franciulli Netto, in Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - RT 83/303-304)".

Pretensão diversa configura hipótese de embargos de declaração com caráter infringente, possibilitada excepcionalmente, quando utilizados para a correção de erro material manifesto, suprimento de omissão ou extirpação de contradição.

Ora, a simples leitura do pedido formulado pelos embargantes é suficiente para reconhecer o caráter infringente deles, pelos quais se pretende antes a reforma do julgado do que seu aclaramento.

Ocorre, porém, que por seu perfil de excepcionalidade, os embargos declaratórios com matizes de infringência, hão de ter seu cabimento esquadrinhado com rigor, afastada qualquer possibilidade de alargamento, sob pena de seu total desvirtuamento.

Assim procedendo, concluo que o recurso de que se cuida não se subsume às hipóteses ensejadoras de prosseguimento até exame do mérito, por mostrar-se delas afastadas.

Ademais, no âmbito desta Casa, a hipótese configuraria a multiplicação de recursos, já considerada incabível.

Pelos motivos alinhados, convicta de que os embargos não preenchem os requisitos de admissibilidade, deles não conheço.

2º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 8.044.98-38, 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, bem assim com os votos apresentados em separado pelos Conselheiros Antonio Carlos Caruso - Revisor e Edson Simões, em conhecer dos recursos interpostos pelos Senhores Edson Caram, Marcelo de Queiroz Elias, Benildo de Melo e Helder Durand Ribeiro Cabral, e, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim - Relator e Edson Simões, em negar-lhes provimento.

Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Caruso - Revisor, que deu provimento aos citados recursos.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim - Relator e Edson Simões, em conhecer do recurso interposto pelo Senhor Gerson de Andrade Nogueira, rejeitando, porém, a preliminar arguida pelo recorrente, tendo em vista que, por força do V. Acórdão recorrido, a Sua Senhoria coube tão-somente providenciar a apuração de eventual responsabilidade administrativa, como restou esclarecido na intimação de fls. 1167/1168 dos autos, nada mais sendo a ele cominado, e, no mérito, em negar provimento ao recurso.

Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Caruso - Revisor, que não conheceu do mencionado apelo.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, e, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim - Relator e Antonio Carlos Caruso - Revisor, em dar-lhe provimento parcial, no sentido de excluir do V. Acórdão recorrido a determinação de se encaminhar ofício ao Ministério Público do Estado de São Paulo, ante a inexistência “in casu” de dolo, ma-fé ou prejuízo ao Erário.

Vencido, no mais, o Conselheiro Antonio Carlos Caruso - Revisor.

Vencido, em parte, o Conselheiro Edson Simões, que negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso - Revisor e Edson Simões.

Ausente o Conselheiro Eurípedes Sales, por motivo de saúde.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de novembro de 2000.

Walter Abrahão
Presidente

Roberto Braguim
Relator.

RELATÓRIO

Trata o presente TC, nesta fase, do julgamento de recursos voluntários, interpostos tempestivamente pela D. Procuradoria da Fazenda Municipal, pelos Senhores Edson Caram e Gerson de Andrade Nogueira e, em conjunto, pelos Senhores Marcelo de Queiroz Elias, Benildo de Melo e Helder Durand Ribeiro Cabral, regular e pessoalmente intimados, colimando a reforma do V. Acórdão proferido em 27/10/99, pelo qual os Conselheiros deste Egrégio Tribunal, por maioria de votos, consideraram irregular a Tomada de Preços 42/98 e, por consequência, o Contrato 176/98, firmado entre o Hospital do Servidor Público Municipal com a empresa Épura Engenharia e Construções Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de modificação do leiaute e reforma geral do 8º andar daquele Hospital.

Foi determinado, ainda, no V. Acórdão o envio de ofícios:

1) ao Ministério Público do Estado de São Paulo, remetendo-lhe cópia do julgado, como princípio de prova, para denunciar a Origem, *'pela não observância, quando da realização do certame, do disposto nos artigos 82, 130 e 145, incisos III e IV, do Código Civil, especificamente os artigos 21, inciso III, 43 e 64, parágrafo 2º, da Lei Federal 8.666/93, com suas alterações'*;

2) à Origem, remetendo-lhe cópia do julgado para instauração de inquérito administrativo, nos termos do artigo 207 da Lei Municipal 8.989/79, a fim de apurar responsabilidade civil e administrativa por eventual lesão ao Erário.

Por maioria, foi imposta multa de 238 UFIRs ao ordenador da despesa, à época, e a cada membro da Comissão de Licitação, pelo ato negligente de omissão ante a inobservância de deveres que lhes competiam, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 133 do Regimento Interno desta Corte.

Também, por maioria, foi determinado o retorno dos autos ao Departamento de Auditoria II desta Corte, para análise da execução contratual e de termo de aditamento, se eventualmente lavrado. Este, em síntese, o teor do V. Acórdão recorrido.

Os argumentos apresentados pelos recorrentes estão, resumidamente, assim consubstanciados:

a) o edital foi publicado no DOM e em periódico que circula através da Internet;

b) o ato, embora irregular, é passível de convalidação; c) a Comissão de Julgamento de Licitações - CJL - cumpriu o disposto no artigo 43 da Lei Federal 8.666/93, uma vez que para fins de julgamento uma única proposta atendia às exigências legais e regulamentares do edital, sendo certo que as demais propostas extrapolaram o limite para a modalidade adotada.

Instada a manifestar-se sobre os recursos interpostos, a Douta Assessoria Técnica Jurídica desta Corte entendeu procedente a preliminar arguida pelo Senhor Gerson de Andrade Nogueira, quanto à sua nomeação para o cargo de Superintendente do Hospital, em 18 de agosto de 1999, e publicada no DOM de 19 de agosto de 1999, portanto, depois dos fatos ocorridos.

Concluiu, aquela Unidade, que o recurso deveria ser provido, excluindo-se o recorrente da imputação e da responsabilidade pelos atos julgados irregulares.

Finalizando, considerou que os demais recursos não trouxeram qualquer argumento novo, opinando pela manutenção do Acórdão recorrido e pelo improvimento desses (fls. 1430/1432).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em seu pronunciamento entendeu ser necessária a intimação do Superintendente do HSPM, à época, completando-se, assim, o contraditório e, no mérito, concluiu pelo provimento dos recursos, com a finalidade de considerar regulares a licitação e o ajuste sob análise, sob o argumento de ausência de prejuízo, dolo, má-fé ou qualquer outro componente que pudesse macular o procedimento (fls. 1160/1446/1447).

A Douta Secretaria-Diretoria Geral opinou pelo conhecimento e improvimento dos recursos, por ausência de argumentos que imponham a reforma do julgado. (fls. 1448/1450).

É o relatório.

VOTO

Os recursos apresentados merecem ser conhecidos, posto que tempestivos.

A preliminar arguida pelo Senhor Gerson de Andrade Nogueira não procede, eis que a ele cabe, por força do V. Acórdão tão-somente providenciar a apuração de eventual responsabilidade administrativa, como aliás restou esclarecido na intimação de fls. 1167/1168, nada mais lhe sendo cominado.

Para tal fim pouco importa se o recorrente era, à época dos fatos, Superintendente do Hospital, mesmo porque a providência determinada na decisão só poderia ser efetivada pelo responsável do Hospital após sua intimação para tanto. Por essa razão, deixo de acolher a preliminar suscitada.

No mérito, os recursos apresentados por Edson Caram, Gerson de Andrade Nogueira, Marcelo de Queiroz Elias, Benildo de Melo e Helder Durand Ribeiro Cabral não estão a merecer provimento, eis que não trouxeram qualquer fato novo, apto a justificar a reforma do julgado.

O mesmo, no entanto, não é de se dizer do apelo interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, mais precisamente no tópico que alude à inexistência “in casu” de dolo, má-fé, ou prejuízo ao Erário o que recomendaria a adoção das medidas administrativas já determinadas, restando desaconselhável qualquer providência ou comunicação ao Ministério Público.

Acolho, nesse particular, as bem elaboradas razões da Douta Procuradoria, convencido da boa-fé qualificadora do agir dos envolvidos e da suficiência da apuração funcional determinada para apuração das falhas administrativas ocorridas. Pelo exposto e em síntese:

1) não acolho a preliminar argüida no recurso de fls. 1.292/1.306;

2) nego provimento aos recursos oferecidos por Edson Caram, Gerson de Andrade Nogueira, Marcelo de Queiroz Elias, Benildo de Melo e Helder Durand Ribeiro Cabral;

3) dou provimento parcial ao recurso oferecido pela PFM, no sentido de excluir da decisão a determinação de se encaminhar ofício ao Ministério Público Estadual, ante as razões atrás expostas, que não evidenciam nenhum efeito prático à medida.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Não conheço do apelo interposto pelo Senhor Gerson de Andrade Nogueira, por falta de interesse de agir, tendo em vista que sua intimação foi feita na qualidade de Superintendente do Hospital do Servidor Público Municipal e nenhuma multa lhe foi aplicada.

Ademais, interpôs o apelo de fls. em seu nome, deixando de fazê-lo no de representante legal do mencionado Hospital. Conheço dos recursos impetrados pelos demais recorrentes, uma vez preenchidos os pressupostos legais de admissibilidade.

No mérito, dou-lhes provimento, para o fim de acolher o Contrato 176/98, tendo em vista que, em meu entendimento, as falhas ocorridas no procedimento licitatório não foram de molde a afastar a busca da melhor proposta, sendo certo, por outro lado, como demonstrado pelos recorrentes, a utilização da Internet, embora não seja forma prescrita em lei, veio suprir, de certa maneira, a ausência de publicação em jornal de grande circulação.

O princípio da publicidade, pois, não chegou a ser de todo ferido, porquanto 15 empresas manifestaram interesse na licitação, retirando o edital (fls. 808 destes autos).

Estas as razões que me levaram a prolatar voto vencido no julgamento do dia 27 de outubro de 1999, mormente pelo fato de que a par das irregularidades procedimentais, nada foi apontado pelos técnicos, que nos levasse ao convencimento de prejuízo ao Erário.

Aliás, em nenhum momento se fez menção à circunstância de que o preço contratado foi excessivo. Dou provimento, ainda, ao recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal no que diz respeito às determinações constantes do Acórdão recorrido, pois não vislumbro nos atos praticados pelos servidores públicos qualquer indício de dolo ou má-fé que possam ensejar a instauração de procedimento administrativo disciplinar, muito menos conduta delituosa a intentar intervenção do Ministério Público.

Exatamente por ter me convencido da ausência de dolo ou má-fé, entendo que as multas devem ser relevadas, em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 55 da Lei Municipal 9.167/80.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Conheço dos recursos sob exame, dado que tempestivamente interpostos.

No mérito, contudo, nego-lhes provimento, mantendo-se integralmente os termos do Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC 8.044.98-38, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso, após vista que lhe fora concedida na 1884ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Edson Simões - Relator e Roberto Braguim - Revisor.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Edson Simões - Relator, Roberto Braguim - Revisor e Eurípedes Sales, em considerar irregular a Tomada de Preços 42/98 e, por consequência, o Contrato 176/98, determinando o envio de ofício:

1) ao Ministério Público do Estado de São Paulo, remetendo-se-lhe cópia do presente julgado, como princípio de prova para se denunciar a Origem, pela não-observância, quando da realização do presente certame, ao disposto nos artigos 82, 130 e 145, incisos III e IV do Código Civil, especificamente os artigos 21, inciso III, 43 e 64, parágrafo 2º, da Lei Federal 8.666/93, com suas alterações;

2) à Origem, remetendo-se-lhe cópia do presente julgado para instauração de inquérito administrativo, nos termos do artigo 207 da Lei Municipal 8.989/79, a fim de apurar responsabilidade civil e administrativa pela eventual lesão ao Erário.

ACORDAM, ainda, por maioria, em aplicar multa de 238 UFIRs ao ordenador da despesa, à época, e a cada membro da Comissão de Licitação, pelo ato negligente de omissão ante a inobservância de deveres que lhes competiam, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 133, do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, outrossim, por maioria, em determinar o retorno dos autos ao Departamento de Auditoria II desta Corte, para análise da execução contratual e de termo de aditamento, se efetivamente lavrado.

Vencido o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim - Revisor, com voto proferido na 1.884ª S.O., Antonio Carlos Caruso e Eurípedes Sales.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, por motivo devidamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Rodolfo de Camargo Mancuso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de outubro de 1999.

Walter Abrahão
Presidente

Edson Simões
Relator.

RELATÓRIO E VOTO do Conselheiro Edson Simões - Relator

Cuida da análise do Contrato 176/98, decorrente da Tomada de Preços 42/98, objetivando a execução dos serviços de modificação de "lay-out" nas dependências do Hospital do Servidor Público Municipal.

O Departamento de Auditoria I propôs o acolhimento do contrato, apesar de ter apontado as seguintes impropriedades no procedimento licitatório:

1) não consta assinatura na autorização de abertura da licitação;

2) ausência de assinatura na cópia do edital constante do processo, contrariando o artigo 40, parágrafo 1º da Lei Federal 8.666/93;

3) vencida a Certidão Negativa de Débitos na assinatura do contrato;

4) não consta ata de julgamento com a classificação das propostas, conforme disposto no artigo 43, inciso V da Lei Federal 8.666/93 (fls. 521/523).

Pronunciou-se a Assessoria Técnica Jurídica sobre a falta de assinatura na autorização e na cópia do edital, entendendo como "irregularidades consideráveis", porém, sanáveis com a assinatura do contrato pela autoridade competente, demonstrando sua anuência com os atos anteriormente praticados.

Quanto à Certidão Negativa de Débitos, vencida à época da contratação, poderá ser relevada se comprovada a inexistência de débitos por parte da contratada naquela oportunidade.

No que se refere à ausência de classificação das propostas, observa aquela Assessoria a relevância do ato, especialmente na hipótese do vencedor decair de seu direito à contratação.

Contudo, tendo sido formalizado o contrato com o licitante vencedor, tal omissão não causou prejuízo ao Erário (fls. 526/528).

Oficiada, a Origem juntou certidões atestando a inexistência de débitos na época da contratação, esclarecendo que estão sendo adotadas providências para sanar as apontadas impropriedades.

Manifestou-se a Assessoria Técnica Jurídica pelo acolhimento do contrato, com sugestão de determinação para que a Origem adapte os procedimentos licitatórios aos estritos termos das normas legais vigentes (fls. 1125/1129).

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo acolhimento do contrato, sugerindo, porém, que, nas contratações futuras, a Origem adote a modalidade de licitação mais ampla, 'eis que, na hipótese vertente a única proposta que se encontra dentro do valor previsto para a modalidade escolhida (Tomada de Preços), aliás, bem próxima do limite, é a vencedora, que resultou no preço constante do contrato em referência' (fl. 1131).

A Secretaria-Diretoria Geral manifestou-se pela relevação das impropriedades apontadas, eis que convalidados os atos com a prática dos atos posteriores.

Porém, propôs determinação para que, nos próximos certames, sejam observados os estritos termos da lei, devendo ser assinado o ato de convocação pelo Superintendente do Hospital ou por autoridade delegada e firmado o edital pelo Presidente da Comissão de Licitação, além de constar da ata de julgamento não só as participantes classificadas, como as desclassificadas.

Além das impropriedades assinaladas pela Auditoria, apontou ainda a ausência de publicação do edital em diário de grande circulação, entendendo que seu descumprimento enseja relevação, à vista da divergência doutrinária a respeito.

Concluiu pela regularidade do procedimento licitatório e acolhimento do ajuste, com as determinações sugeridas, inclusive aquela sugerida pelo Órgão Fazendário, no tocante à escolha de modalidade mais ampla, de modo a permitir um maior número de propostas (fls. 1133/1138).

É o relatório. (**1.879ª S.O.**)

VOTO

O edital é ato inaugural do processo licitatório, devendo nele conter a expressa autorização do certame, bem como a assinatura da autoridade competente, em obediência ao disposto nos artigos 38 e 40, parágrafo 1º, da Lei Federal 8.666/93.

Ora, versão ou cópia do edital sem assinatura é inválida, porque ensejará dúvida de sua autenticidade com o texto original.

A Lei Federal 8.666/93, em seu artigo 43, determina a observância de procedimentos na fase de habilitação, devendo a Comissão de Licitações examinar as propostas, estabelecendo a ordem de classificação das mesmas, não bastando apontar a mais vantajosa, pois será importante no caso de aplicação do artigo 64, parágrafo 2º, da Lei das Licitações ("QUANDO O VENCEDOR NÃO ASSINAR O CONTRATO, A ADMINISTRAÇÃO CONVOCARÁ OS LICITANTES REMANESCENTES, NA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO").

A questão referente a não-publicação do edital, em diário de grande circulação, infringe o disposto no artigo 21, inciso III da Lei Federal 8.666/93.

É obrigatória a citada publicação, pois o universo dos licitantes somente pode ser alcançado com a divulgação em jornal de grande circulação, atendendo ao princípio da publicidade.

Não obstante as irregularidades formais apontadas no procedimento licitatório, cujo defeito substancial ou intrínseco não afetou visceralmente a validade do ato, as irregularidades de caráter irremovível, ou seja: a ausência de classificação das propostas e a não-publicação do edital em diário de grande circulação, por infringirem os artigos 82, 130, 145, incisos III e IV do Código Civil e, especificamente, os artigos 21, inciso III, 43 e 64, parágrafo 2º, todos da Lei Federal 8.666/93, tornaram irrelevantes as irregularidades de caráter formal.

Dessa forma, deveria a Origem ter procedido à ANULAÇÃO da Tomada de Preços e, em consequência, não assinado o contrato.

Como isso não ocorreu, julgo IRREGULAR a Tomada de Preços 42/98 e, em consequência, o Contrato 176/98, determinando que:

- seja oficiado ao Ministério Público do Estado de São Paulo, remetendo-se cópia do presente julgado, como princípio de prova para denúncia da Origem pela não-observância ao disposto nos artigos 82, 130 e 145, incisos III, IV, do Código Civil e, especificamente, os artigos 21, inciso III, 43 e 64, parágrafo 2º, da Lei Federal 8.666/93, com suas alterações, na realização do presente certame;

- seja oficiado à Origem, remetendo-se cópia do presente julgado, para a instauração de inquérito administrativo, nos termos do artigo 207 da Lei Municipal 8.989/79, para apuração de responsabilidade civil e administrativa pela eventual lesão ao Erário;

- seja aplicada multa de 238 UFIRs (duzentos e trinta e oito Unidades Fiscais de Referência) ao ORDENADOR DA DESPESA, à época, e a

cada membro da Comissão de Licitação pelo ato negligente de omissão ou inobservância de deveres que lhes competiam, com fundamento nos artigo 52, inciso II da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 133 "caput", do Regimento Interno desta Corte.

Outrossim, determino o retorno dos autos ao Departamento de Auditoria II, para o acompanhamento da execução contratual e para a análise de termo de aditamento, se efetivamente lavrado. (**1.884ª S.O.**)

VOTO EM SEPARADO do Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Na esteira das manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte e da Procuradoria da Fazenda Municipal, entendo que as irregularidades apontadas nos autos ou foram supridas, ou não foram de molde a acarretar a nulidade do contrato que se seguiu.

Assim, as faltas de assinaturas na autorização de abertura da licitação e na cópia do edital constante no processo foram sanadas com a assinatura do ajuste pela autoridade competente, vindo a demonstrar sua anuência com os atos anteriormente praticados.

O ato de classificação é de fato relevante. Entretanto, sua ausência não trouxe consequências na medida em que a licitante de menor preço foi contratada.

Ademais, pelos elementos constantes do próprio processo licitatório, cotejando-se as propostas apresentadas, a qualquer momento, poderia ser feita a classificação, suprindo-se a falha.

No que tange à CND, a falta foi corrigida na medida em que a certidão, posteriormente apresentada, comprovou a regularidade da contratada perante a Seguridade Social já por ocasião da lavratura do ajuste.

Finalmente, a não-publicação em jornal de grande circulação, como bem colocou a Secretaria-Diretoria Geral, em sua fala de fls., é matéria em que há grande divergência doutrinária e seu descumprimento não acarretou consequências tais que pudessem ensejar a anulação do certame.

Diga-se, a propósito, que não se anula o que pode ser aproveitado.

É a aplicação do brocardo "*pas de nullité sans grief*".

Confira-se, a propósito, ementa do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 56.017:

"1 - A regra de que a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos, comporta temperamento no sentido de que sejam declinados os motivos ensejadores da declaração e faculte aos atingidos pelo ato a produção de defesa.

Neste sentido a jurisprudência do STF (RE 108.182-1).

2 - Indispensável, então, para a anulação do ato o reconhecimento de que (I) tenha ele causado lesão à Administração, (II) sua convalidação não seja viável juridicamente e (III) "não tenha se servido de fundamento a ato posterior, praticado em outro plano de competência".

Cabe aqui transcrever-se lição de Celso Antonio Bandeira de Mello: "... vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. ...

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente tem especial relevo no direito administrativo.

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida.

É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalescimento dos atos inválidos". ("Curso de Direito Administrativo", 4ª edição, pág. 235/236)

Pelas razões expostas, acolho o contrato e o procedimento licitatório sob exame, aplicando, porém, ao Ordenador da Despesa e aos membros da Comissão de Licitação pena de advertência, com fundamento no art. 52, I, da Lei 9.167/80.

Discordo das determinações constantes do voto do Senhor Conselheiro Relator, uma vez que não houve, por parte do Ordenador da Despesa e dos membros da Comissão de Licitação, atos que pudessem ser inquinados de ilícito administrativo apto a ensejar procedimento disciplinar, tampouco ilícito penal para justificar o encaminhamento do caso ao Ministério Público.