JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.013.905.98-36

Tomada de Preços - contrato - falta de assinatura e data no edital - ajustes acolhidos - com imposição de multa aos membros da Comissão de Licitações e ao ordenador da despesa - Lei 8666/93, arts. 38 e 40, § 1º e do Decreto 26950/88, art. 14, § 2º - RECURSOS de agentes públicos - ausência de má-fé - impropriedades formais que não acarretaram prejuízo ao erário - conhecidos e providos, cancelando-se a penalidade imposta (m.v., vencido o Cons. Edson Simões).

RELATÓRIO

Cuida o presente processo da análise da Tomada de Preços número 50/98 promovida pelo Hospital do Servidor Público Municipal para aquisição de:

1)Dieta enteral morno sem sacarose OSMOLITE e para imunodeprimidos ADVERA.

2) Dieta enteral infantil, marca PEDIATRIC DIET ENERGY PLUS.

Referidos itens foram adjudicados, respectivamente, às empresas P. CASTRO – Produtos Médicos Hospitalares Ltda., cujo Contrato número 351/98 no valor de R$ 128.854,48 (cento e vinte e oito mil, oitocentos e cinqüenta e quatro reais e quarenta e oito centavos), examinado no TC número 13.905/98 e SUPPORT – Produtos Nutricionais Ltda., Contrato número 382/98, na quantia de R$ 9.540,00 (nove mil, quinhentos e quarenta reais), analisado no TC número 3.181/99.

Do exame procedido no processo licitatório em referência que originou mencionados Contratos, o Departamento de Auditoria II entendeu formalmente regulares os procedimentos adotados pela Origem, propondo o acolhimento dos ajustes, ressaltando a seguinte impropriedade:

- Edital sem data e sem assinatura, contrariando o disposto no parágrafo 1º do artigo 40 da Lei Federal número 8.666/93.

Intimados, os membros da Comissão de Licitações e o Ordenador das Despesas apresentaram suas respectivas defesas.

Alegaram os defendentes que o edital encontra-se datado, ou seja, na data de sua publicação no Diário Oficial do Município e no Jornal "Oe Estado de São Paulo",

ambos em 19 de maio de 1.998, consoante carimbos apostos. Esclareceu também o Presidente da Comissão Licitante que sua assinatura deixou de constar apenas no final do instrumento. Porém, rubricou todas as folhas do Edital e da minuta contratual, a qual foi revisada e aprovada.

A Assessoria Técnica Jurídica sugeriu o não acolhimento dos contratos. Divergindo, a Assessora Subchefe e o Assessor Chefe opinaram pelo acolhimento dos instrumentos, uma vez que a impropriedade apontada restou superada pelo fato da publicação posterior do Termo de Contrato haver ratificado a eficácia do ato, propondo recomendação à Origem para rigorosa observância quanto aos aspectos atinentes à data e à assinatura no Edital nos certames futuros.

A Procuradoria da Fazenda se manifestou pelo acolhimento dos Contratos em análise.

A Secretaria-Diretoria Geral igualmente preconizou a aprovação dos ajustes, deixando, porém, a critério superior, a adoção de sanção contra os agentes públicos responsáveis pela impropriedade em apreço.

É o relatório.

V O T O

A impropriedade apontada pelos Órgãos Técnicos implica em negligência dos responsáveis pela licitação. O edital é ato inaugural do certame, devendo conter a expressa autorização da licitação, bem como, a assinatura da autoridade competente, em obediência ao disposto nos artigos 38 e 40, parágrafo 1º, da Lei número 8.666/93 e no artigo 14, parágrafo 2º do Decreto número 26.950/88.

Tendo em vista, porém, que no presente caso, o Presidente da Comissão Licitante revisou e rubricou todas as folhas do edito, e bem como adotou providências para o saneamento da impropriedade em apreço**, JULGO REGULAR A LICITAÇÃO** e os Contrato números 361/98 e 382/98 dela decorrente.

Considerando, porém, a infringência aos dispositivos legais apontados, **APLICO** a cada Membro da Comissão de Licitações e ao Ordenador da Despesa, à época do fato, a multa de 238 UFIRs (duzentas e trinta e oito Unidades Fiscais de Referência), pela inobservância dos deveres que lhes competiam, com fundamento nos artigos 52, inciso II e 53 da Lei número 9.167/80, combinado com o artigo 133 “caput” do Regimento Interno desta Corte.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2000.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

D E C I S Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.013.905.98-36, do qual é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar regulares a licitação e o Contrato 351/98 dela decorrente, aplicando, porém, ante a infringência ao disposto nos artigos 38 e 40, parágrafo 1º, da Lei Federal 8.666/93, e no artigo 14, parágrafo 2º, do Decreto 26.950/88, a multa equivalente a 238 UFIRs a cada membro da Comissão de Licitações e ao ordenador da despesa, à época do fato, pela inobservância dos deveres que lhes competiam, com fundamento nos artigos 52, inciso II, e 53 da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 133 "caput", do Regimento Interno desta Corte.

Participou do julgamento o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador da Fazenda FRANCISCO COLLET E SILVA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de novembro de 2000.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator

Egrégio Tribunal

Trata o presente dos Recursos interpostos por Marcelo de Queiroz Elias e Benildo de Melo contra a r. decisão de fls. 265 que acolheu a licitação e contrato examinados, aplicando, porém, a cada membro da Comissão de Licitações, bem como ao Ordenador da despesa da Origem, a pena de multa correspondente a 238 UFIRs, por infringência aos artigos 38 e 40 § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93 e ao artigo 14, § 2º, do Decreto Municipal nº 26950/88.

Requerem os recorrentes o cancelamento da multa pecuniária, sustentando a impossibilidade jurídica para sua aplicação, pelos motivos elencados, a seguir:

1) a aplicação da multa não encontra amparo legal, pois as sanções previstas no art. 52 da Lei Municipal nº 9.167/80 têm cabimento apenas na hipótese de infração a seus preceitos e, nos termos da decisão, trata-se de infração à Lei Federal nº 8.666/93 e ao Decreto Municipal nº 26.950/88;

2) não foi observado qualquer critério gradativo na aplicação da pena, desatendendo-se ao disposto no "caput" do Art. 52 da Lei Municipal nº 9.167/80;

3) invoca decisão desta Corte, exarada no Processo TC nº 72.001.476.96-80, em caso idêntico ao presente, no qual, ante a natureza meramente formal da infração, não aplicou pena de multa;

4) o edital foi datado e rubricado em todas as suas folhas e a ausência da assinatura não trouxe qualquer prejuízo ao erário;

5) a Comissão Processante de Licitação adotou providências para a correção desta impropriedade, não tendo sido registrada má-fé ou prejuízo ao erário.

A AT-Jurídica entendeu que os Recursos interpostos merecem ser conhecidos, podendo, quanto ao mérito, o Egrégio Plenário dar-lhes provimento, cancelando a multa imposta, em razão do caráter essencialmente formal das irregularidades constatadas, uma vez demonstrada a boa-fé dos Recorrentes e a ausência de prejuízo ao Erário Municipal.

A PFM acompanhou as razões da AT-Jurídica.

SDG opinou pelo conhecimento dos recursos e, no mérito, examinando a alegação de nulidade da sanção imposta, dada a existência de precedente desta Corte, invocado por um dos recorrentes, recomendou o improvimento. Manifestou-se, contudo, favorável ao cancelamento da multa imposta, por considerar as irregularidades apontadas formais e já sanadas, restando também não demonstrados a má-fé e o eventual prejuízo ao erário municipal, de conformidade com a disposição contida no parágrafo único do art. 55 da Lei Orgânica desta Corte.

É o relatório.

V O T O:

Conheço dos recursos por presentes os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, acolho os fundamentos aduzidos pelos órgãos técnicos desta Corte, que passam a integrar o meu voto.

"Venia concessa", não posso aceitar as alegações dos apelantes no sentido de que só infrações à Lei Municipal nº 9.167/80 são objeto das sanções nela previstas, a saber, advertência e multa.

Compete aos Tribunais de Contas, nos termos da Constituição Federal – art. 71, inc. VIII e da Lei Orgânica do Município de São Paulo – art. 48, inc. VIII, em decorrência do desempenho do controle externo da Administração, aplicar as sanções previstas em lei aos

responsáveis por ilegalidade de procedimento no que tange às receitas, despesas ou irregularidades das contas.

O exercício dessa competência punitiva, entretanto, na lição de Fábio Medina Osório, em seu livro "Direito Administrativo Sancionador", exigirá o respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, quanto ao princípio da legalidade, assume contornos diversos dos da legalidade penal: "possui uma certa flexibilidade. Isso decorre da ausência de algumas 'amarras' que normalmente escravizam as normas penais. É uma conseqüência, inclusive, da maior elasticidade competencial do Estado nesse terreno".

Ora, ocorrida a infringência à ordem interna da Administração, cumpre ao órgão fiscalizador, em sua decisão, deixar patente a sua caracterização e imputá-la ao agente responsável.

Com efeito, se, por descumprimento do disposto na Lei Federal 8.666/93 ou na Lei Municipal 10.544/88, ficar caracterizada ilegalidade de procedimento relativo a despesa ou irregularidade de contas, cabe a este Tribunal, por força constitucional e legal, aplicar, ao responsável, a pena de advertência ou multa, conforme previsão de lei.

Admitir que as normas trazidas pela legislação referente à licitação e contratos administrativos são normas sem sanção significaria "deixar de tutelar o interesse público que é indisponível". "Quando se agride uma norma integrante de uma relação especial de sujeição, diz-se que houve uma lesão à Administração Pública, e, nesse caso, enseja-se a aplicação de uma penalidade, que será menos ou mais severa, conforme a gravidade da infração", concluiu a Assessora Jurídica deste Tribunal nos autos do TC 72.012.363.98-20, onde a questão foi estudada em profundidade.

Na presente hipótese, no entanto, VOTO pelo provimento dos recursos, reformando-se a r. decisão de Segunda Câmara para, com base no parágrafo único do art. 55 da Lei Municipal 9.167/80, cancelar a multa anteriormente imposta, não pela razão dos apelantes de que a pena só se aplicaria a infrações a esta lei, mas por evidenciada a ausência de má-fé dos agentes envolvidos e a existência de impropriedades meramente formais que não acarretaram prejuízo ao erário, nem lesão de maior significado ao interesse público.

São Paulo, 11 de dezembro de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.013.905.98-36, 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, conhecer dos recursos, por presentes os pressupostos de admissibilidade, e, no mérito, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator e MARIANA P. A. Q. BARBOSA – Revisora "ad hoc", dar-lhes provimento, reformando-se a R. Decisão de Segunda Câmara recorrida, para, com base no parágrafo único do art. 55 da Lei Municipal 9.167/80, cancelar a multa anteriormente imposta.

Vencido, em parte, o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, que negou provimento aos apelos.

Participou do julgamento a Conselheira MARIANA P. A. Q. BARBOSA – Revisora "ad hoc".

Ausentes os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM, Vice-Presidente, e EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de dezembro de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente, com voto

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator