Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Primeira Câmara

DELIBERAÇÃO AC01 - 2186/2015

PROCESSO TC/MS	:	TC/847/2011
PROTOCOLO	:	1023531
ÓRGÃO	:	PREFEITURA MUNICIPAL DE DOURADOS
JURISDICIONADO	:	MURILO ZAUITH
CARGO	:	PREFEITO MUNICIPAL
INTERESSADO	:	LOGUS SERVIÇOS EMPRESARIAIS LTDA - EPP
TIPO DE PROCESSO	:	CONTRATO N° 40/2011
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	:	PREGÃO N° 128/2010
OBJETO	:	SERVIÇOS DE CORTE E PODA DE ÁRVORES, RECOLHIMENTO DE TRONCOS, GALHOS E FOLHAGENS NAS VIAS PÚBLICAS
VALOR DA CONTRATAÇÃO	:	R$ 600.498,60
RELATOR	:	CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: PREGÃO PRESENCIAL - CONTRATO ADMINISTRATIVO – CORTE E PODA DE ÁRVORES – RECOLHIMENTO DE TRONCOS, GALHOS E FOLHAGENS EM VIAS PÚBLICAS E ÁREAS COMUNS – IDENTIFICAÇÃO DE TESTEMUNHAS NO CONTRATO – DESNECESSIDADE – EQUIPE FISCALIZADORA – ATO DE CONSTITUIÇÃO – COMPROVAÇÃO – RELATÓRIO DE CONTROLE INTERNO – ENCAMINHAMENTO – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – REGULARIDADE – FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO – REGULARIDADE.

Os atos praticados na licitação e (1ª fase) na formalização do contrato (2ª fase) são regulares, como também todos os documentos pertinentes foram encaminhados para análise, portanto o procedimento está em conformidade com a lei. A inexistência de assinatura de testemunhas nos contratos administrativos não invalida ou torna ineficaz o instrumento.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 22ª Sessão Ordinária da Primeira Câmara, de 25 de novembro de 2014, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, nos termos do voto do relator, em declarar a regularidade do procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial nº 128/2010 e da formalização do Contrato Administrativo nº 40/2011, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Dourados e a empresa Logus Serviços Empresariais Ltda.-EPP.

Campo Grande, 25 de novembro de 2014.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

Conselheiro **Ronaldo Chadid** – Presidente da Primeira Câmara.

Assina nos termos do art. 14, parágrafo único, inc. II do RI (RN 76/2013).

RELATÓRIO

O Exmo. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator.

Desvelam-se os autos acerca do Procedimento Licitatório – Pregão Presencial nº 128/2010 e da Formalização do Contrato Administrativo nº 40/2011, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Dourados e a empresa Logus Serviços Empresariais LTDA - EPP, que tem como objeto e execução de serviços de corte e poda de árvores, recolhimento de troncos, galhos e folhagens nas vias públicas e áreas comuns, sob a responsabilidade do Senhor Murilo Zauith, Prefeito Municipal.

A Equipe Técnica da 3º ICE realizou Análise Processual ANP n.º 2768/2013, onde foi apurada a ausência dos seguintes documentos:

- não identificação das testemunhas no contrato;

- ausência de ato que constituiu a equipe fiscalizadora da execução do objeto;

- relatórios confirmando o exercício do controle interno.

Nesta senda, o responsável pelo Órgão foi devidamente notificado por meio do oficio nº 3019/2013 para apresentação dos documentos citados.

Nesse diapasão a Equipe Técnica da 3º ICE realizou Análise Conclusiva ANC nº 15396/2013 entendendo:

> Face a todo o exposto, no intento de fornecer subsídios ao posicionamento final do R. juiz do feito, entendemos que a irregularidade acerca da ausência de identificação das testemunhas que assinaram o instrumento em questão, pode ser sanada pelas justificativas propostas, ressalvando-se a necessidade de observância da letra da lei nos contratos doravante formalizados, e, quanto a inexistência do exercício do controle interno na execução do objeto (que carecia de fiscalização), permanece a irregularidade inicialmente posta, que denota o descumprimento por parte do jurisdicionado, às obrigações pactuadas.

De acordo com o regramento do Artigo 308 c/c o § 2º do artigo 309 da Resolução Normativa TC/MS 57/2006, encaminhamos os autos para apreciação do R. Ministério Público junto ao Tribunal de Contas Estadual, no seguimento do trâmite processual pertinente.

Passo contínuo, o Ministério Público de Contas, emitiu Parecer n.º 9678/2014, discordando da Equipe Técnica, no qual opinou *in verbis*:

Pelo que dos autos constam e de acordo com a manifestação do corpo técnico, este Ministério Público de Contas, com fulcro no artigo 11, III, da Lei Complementar Estadual n. 148/2010, conclui pela regularidade do procedimento licitatório e da formalização do Contrato Administrativo em apreço, nos termos do art. 59, I, da Lei Complementar Estadual nº 160/2012 c/c o art. 120, I e II, do Regimento Interno aprovado pela Resolução Normativa nº 76, de 11 de dezembro de 2013, com a recomendação para o gestor público que identifique as testemunhas que assinaram o instrumento contratual a partir dessa data.

É o Relatório.

VOTO

O Exmo. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator.

Compulsando os autos, insta anotar a ocorrência acerca da Análise da Equipe Técnica e o Parecer do Ministério Público de Contas. Explico.

1 – Da Não Identificação das Testemunhas no Contrato

O artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil, CPC, está assim redigido:

"Art. 585- São títulos executivos extrajudiciais:

II- a escritura pública ou outro documento público ou particular assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público ou pelos advogadoS dos transatores;" (grifamos)

Cingimo-nos a observar o "documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas", inserido como título executivo.

José de Moura Rocha, in "Sistemática do Novo Código Civil", Editora Revista dos Tribunais, 1978, pp.70/71, afirma que:

"Refere-se ainda o n. II a "documento público ou particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas". Altera, corrigindo, o preceituado no direito anterior quando se falava em "instrumento público" e "instrumento particular".

Por instrumentos públicos ou particulares há de se entenderem quaisquer que venham a constituir obrigação. Sendo particular deverá ser assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas. Devemos notar que se trata de "subscrito", não de "confirmado".

Os públicos serão os documentos realizados por oficial público (notário).

> *Mais tecnicamente poderíamos dizer ser documento particular todo aquele que seja instrumento de constituição de qualquer obrigação. Aliás, é esta a orientação seguida pelo código luso e Lopes Cardoso escreve: "Atribuir ao verbo "constituir", o sentido em que, nesse preceito, se emprega o substantivo derivado, pode-se afirmar que a condição de o título ser instrumento constitutivo duma obrigação, é de ordem geral. Só um documento que se constitua ou afirme uma obrigação pode ser título executivo".*
>
> *A posição brasileira foi de simplificar, definindo os elementos: é titulo executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível, E, em sendo assim, serão requisitos formais: as assinaturas do devedor e das testemunhas. É requisito substancial: a obrigação a que se refere o título (documento)."*

Theotônio Negrão, in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, Saraiva, 1995, p 459, in notas ao art. 585, II cita:

> *"Exigindo a lei processual, tanto quanto a lei substantiva (art. 135) apenas que o documento seja "subscrito" pelas testemunhas, não são reclamadas suas presenças no ato (RSTJ 7/433).";*
>
> *"Contrato não subscrito por duas testemunhas não é título executivo (STJ, 4ª Turma, Resp. 13.393 – MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, j. l7.12.91, negaram provimento, v.u., DJU, 6492, p. 4500, 1ª Col. em.).*

Assim, tomando-se como fundamento o art. 585, II do CPC, o contrato somente terá executividade quando assinado pelos contratantes e subscrito por duas testemunhas. Este princípio, porém estava alicerçado no artigo 135, do antigo Código Civil Brasileiro, o qual foi revogado pelo novo Código Civil, aprovado pela Lei nº 10.406, de 10/01/2002.

No atual Código Civil, o artigo 221, que corresponde ao artigo 135, do antigo Código Civil, já não mais prevê ou obriga as assinaturas de duas testemunhas. Desta forma, paradoxalmente, temos hoje uma Lei substantiva (novo Código Civil) que não obriga as assinaturas das testemunhas em contratos. Por outro lado, remanesce na Lei adjetiva (Código de Processo Civil) a obrigatoriedade das assinaturas de duas testemunhas nos contratos, para que o mesmo possa ter executividade.

Convencemo-nos que a Lei processual, neste aspecto esta "ab rogada", face o novo preceito do novo Código Civil Brasileiro, que por seu artigo 221, não mais obriga as assinaturas de duas testemunhas em contratos.

O artigo 221 do novo Código Civil Brasileiro está assim redigido:

> *"Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.*

> *Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal" (grifamos).*
> *Art. 135. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscrito por duas testemunhas, prova as obrigações convencionais de qualquer valor. Mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros (art. 1067), antes de transcrito no registro de público.*
> *Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal (grifamos).*

Como se depreende do simples cotejo entre a redação do artigo 135 do antigo Código Civil com a redação do artigo 221, do novo Código Civil, constata-se que a redação é basicamente a mesma, exceto quanto à supressão das expressões "sendo subscrito por duas testemunhas", que não consta do novo texto.

Ora, se não há a obrigatoriedade das assinaturas das duas testemunhas nos contratos, nos termos do art. 221, do novo Código Civil, não há razão legal para serem exigidas quando da elaboração dos respectivos instrumentos, ainda que remanesça essa condição na Lei adjetiva, contida no art. 585, II do CPC.

Não é por demais lembrar que durante a vigência do art. 135 do antigo Código Civil, já dispunha o item 24, do Capítulo XIV, das Normas de Serviços da Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, aprovada pelo Provimento nº 58/89, de 28/11/89, que "Ressalvado os testamentos e hipóteses em que por lei, o requisito seja essencial à validade do ato, dispensável a presença e assinaturas das testemunhas instrumentárias".

Hoje, praticamente, segundo fontes do mercado de varejo, mais da metade das aquisições de bens de consumo no mercado nacional, independentemente dos seus valores, são realizadas por intermédio do cartão de crédito, que é um sistema moderno, ágil, e seguro para as partes contratantes. Embora na sua essência seja um contrato de compra e venda sua operacionalidade não requer maiores formalidades, sequer as assinaturas dos contratantes, muito menos as assinaturas das testemunhas, bastando apenas a digitação da senha, que incorpora os dados do portador do cartão de crédito.

"De forma semelhante às compras efetuadas por pessoas físicas e jurídicas com cartões de créditos individuais ou corporativos respectivamente, via internet" (rede mundial de computadores), seja no Brasil ou no Exterior, basta a digitação da senha do portador do cartão de crédito, para ultimar a compra e venda. Também neste caso, não é necessário as assinaturas das Partes muito menos as assinaturas das testemunhas.

Conforme já mencionamos, se a Lei substantiva (art.221 do Código Civil) não exige as assinaturas das testemunhas nos contratos, não pode a Lei substantiva (art. 585, II do CPC), fazer tal exigência. Nosso entendimento hoje é que os contratos assinados simplesmente pelas partes contratantes, é que basta para que o instrumento seja juridicamente válido e com força de executividade.

Como decorre o atual Código Civil (Lei nº 10.406 de 10.01.2002) revogou o Código Civil anterior (Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916). Portanto o que hoje vigora é o artigo 221 do novo CC, que não exige as assinaturas das testemunhas nos contratos. Essa revogação está em harmonia com o art. 2º, § 1º, da Lei de introdução ao Código Civil. (Decreto-Lei nº4. 657, de 04/09/1942).

Na eventual hipótese do cotejo entre o art. 221 do novo Código Civil, que não exige as testemunhas, e o art. 585, II do CPC, que exige as testemunhas nos contratos, deverá o magistrado socorrer-se do art. 126 do Código de Processo Civil, que dispõe:

> *"Art.126-O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito".*

Neste sentido, Theotônio Negrão, in "Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor", Saraiva, 1995, p 161, in notas ao art. 126, cita:

> *"A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil (...). Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando 'contra legem', pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda as aspirações da justiça e do bem comum" (Min. Sálvio de Figueiredo, em RSTJ 26/378; a citação é da p. 384)."*

Carlos Maximiliano, in **"**Hermenêutica e Aplicação do Direito", Editora Forense, 13ª Edição, 1993, p. 50, afirma que:

> *"Tem o magistrado, nos países cultos, a obrigação peremptória de despachar e decidir todos os feitos que se enquadrem na sua jurisdição e competência e estejam processados em regra. Não é lícito abster-se de julgar, sob o pretexto, ou razão, de ser a lei ambígua, omissa, ou obscura; não ter a mesma previsto as circunstância particulares do caso; ou serem incertos os fatos da causa. As normas positivas, direta e inteligentemente interpretadas, o Direito subsidiário e os princípios gerais da ciência de que o magistrado é órgão e aplicador fornecem os elementos para aquilatar a procedência do pedido".*

No caso presente deverá o magistrado aquilatar se no caso em análise, haveria ambiguidade entre a norma civil (art. 221) e a norma processual civil (art. 585, II), tomando- se como regra o mencionado art. 126 do CPC.

Por último, vale lembrar que o Estado democrático de Direito está fundamentado no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal que determina:

> *"Art. 5º-Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"*

Ora, se a Lei civil (art. 221do CC) não mais obriga as assinaturas das testemunhas nos contratos, não pode a Lei processual (art. 585, II do CPC) fazer tal exigência. A nosso ver, não remanescem dúvidas, caso a Lei processual mantenha tal obrigatoriedade, a mesma, por óbvio, contraria frontalmente o inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal, vale dizer, tal preceito processual, a rigor, passou a ser inconstitucional.

Por fim, salvo melhor juízo, resta demonstrada a desnecessidade das assinaturas das testemunhas nos contratos administrativos em respeito ao artigo 221 do CC/02.

2 – Do Ato que Constitui a Equipe Fiscalizadora da Execução do Objeto

Ficou constatado conforme documento acostado aos autos – Ordem de Serviço nº 09/2011 (f. nº 697).

3 – Relatórios do Controle Interno

Cabe esclarecer que o jurisdicionado enviou cópia do relatório do Controle Interno do Órgão Fiscalizado mediante CI nº 130/2013 (f. nº 698/701).

4 – Do Dispositivo Legal

O Artigo 120 do Regimento Interno desta Corte de Contas ensina:

> *Art. 120. O controle externo dos atos de contratação pública e de execução do objeto do contrato será exercido, pelo Tribunal, nos âmbitos das seguintes fases:*
> *I – primeira fase, no qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do procedimento:*
> *a) Licitatório, inclusive, conforme o caso, da formalização ou da adesão à ata de registro de preços;*
> *b) de Dispensa ou de Inexigibilidade de licitação;*
> *II – segunda fase, no qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade do contrato administrativo firmado, quanto ao teor do seu termo ou do instrumento que o substitui, tal como carta contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviços;*
> *III – terceira fase, na qual serão realizados o exame e o julgamento da matéria relativa à regularidade dos atos de execução do objeto do contrato...*

Flertando o novo Regimento Interno nº 76/2013, clarividente reparar a inovação imposta na tramitação dos processos autuados nesta Corte, separando-os agora em 3 (três) fases distintas e independentes, para exame e julgamento da REGULARIDADE do Procedimento Licitatório, Formalização ou Adesão da Ata de Registro de Preços e Dispensa ou Inexigibilidade (1º fase); a Formalização do Contrato Administrativo ou demais Instrumentos Hábeis ou Congêneres (2º fase) e Execução Financeira do Instrumento (3º fase).

O novo Regimento ao separar as fases de exame e julgamento em 3 (três) etapas, reforça que este deveras incidir da matéria relativa à REGULARIDADE de cada uma.

Em outras palavras, o Dispositivo Legal em comento trouxe apenas o Julgamento da matéria relativa à REGULARIDADE de cada uma das 3 (três) etapas, seja Procedimental, Formalização ou Execução do Instrumento Contratual ou congêneres, diferentemente do Antigo Regimento Interno (Resolução Normativa nº 57/2006) que aplicava a Análise e Julgamento das 1º e 2º fases acerca da REGULARIDADE e da LEGALIDADE.

Tais considerações servem como antídoto processual, *Ipsis Litteris*, ratifico a Regularidade do Procedimento Licitatório (1º fase) e da Formalização Contratual (2º fase), ovacionando aos Princípios da Legalidade, da Proporcionalidade e, em especial o da Razoabilidade, todos escancarados na *Lex Mater* de 1988 c/c o Artigo 120 do novo Regimento Interno desta Colenda Corte de Contas.

DISPOSITIVO

Ex Positis, acompanho a Análise da Equipe Técnica da 3º ICE e do Parecer do *Parquet* de Contas e formulo o meu VOTO com o seguinte posicionamento:

I – pela REGULARIDADE do Procedimento Licitatório (1º fase) – Pregão Presencial nº 128/2010 e da Formalização do Contrato Administrativo nº 40/2011, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Dourados e a empresa Logus Serviços Empresariais LTDA - EPP, que tem como objeto e execução de serviços de corte e poda de árvores, recolhimento de troncos, galhos e folhagens nas vias públicas e áreas comuns, sob a responsabilidade do Senhor Murilo Zauith, Prefeito Municipal, com supedâneo no Artigo 120, Inciso I, alínea “a”, da Resolução Normativa TC/MS n.º 76/2013;

II – pela REGULARIDADE da Formalização do Instrumento Contratual nº 40/2011 (2º Fase), com supedâneo no Artigo 120, Inciso II, da Resolução Normativa TC/MS n.º 76/2013;

III – após o Julgamento remeta-se os autos à Equipe Técnica para acompanhamento da Execução do Objeto (3º Fase), com fulcro no Artigo 120, Inciso III da Resolução Normativa TC/MS nº 76/2013;

IV – Pela INTIMAÇÃO do resultado deste julgamento aos interessados, conforme o Artigo 50 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o Artigo 94 da Resolução Normativa TC/MS n.º 076/2013 e Artigo 5º, Inciso LV da *Lex Mater* de 1988.

É Como Voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi por unanimidade, nos termos do voto do Relator, para declarar a regularidade do procedimento licitatório e de formalização do contrato.

Presidência do Exmo. Sr. Ronaldo Chadid

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiro Ronaldo Chadid e Conselheiro Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel

Presente o Exmo. Sr. João Antônio de Oliveira Martins Júnior, Procurador de Contas.

Campo Grande, 25 de novembro de 2014.

WALDIR NEVES BARBOSA

Conselheiro Relator

Conselheiro **Ronaldo Chadid** - Presidente da Primeira Câmara

Assinado nos termos do art. 14, parágrafo único, inc. II do RI (RN 76/2013)