TC nº 72-000.980.09-43

2º Julgado

RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregulares o Pregão, o Contrato e os TAs. SECOM. Serviço de transporte com veículos. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2.694ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 14.01.2014

1º Julgado

ANÁLISE. PREGÃO. CONTRATO. TERMOS ADITIVOS. SGM. Serviço de transporte com veículos. Cláusulas restritivas. Precedente. IRREGULARES. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação por maioria.

TC citado: 72.002.057.08-00

2.542ª Sessão Ordinária

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais 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, em conhecer dos recursos interpostos, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em negar-lhes provimento, mantendo a r. decisão guerreada por seus próprios fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de agosto de 2013.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se dos Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Executiva de Comunicação, contra v. Acórdão de fls. 583/584 que, por maioria, julgou irregulares o Pregão Presencial nº 005/SECOM/2008, o Contrato nº 006/SECOM/2008 e os Termos de Aditamento nºs 001 e 002/2009, firmados entre a segunda Recorrente e SKS Transportes Ltda., para a contratação de empresa especializada na prestação de serviço de transporte com veículos, motorista e combustível, de quilometragem livre, sem aceitação dos efeitos financeiros decorrentes.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, no exercício da capacidade postulatória, apropriou-se integralmente dos argumentos apresentados pela Secretaria, em Primeiro Grau, reproduzindo-os, atacando as seguintes irregularidades evidenciadas pelos Órgãos Técnicos desta E. Corte nos Ajustes sob análise:

a) assinatura do Edital antes do despacho de autorização exarado pela autoridade competente: Pregão Presencial;

b) direito de retenção da fiança exigida do futuro contratado no caso de existir ação trabalhista no qual a Administração figure no polo passivo: Pregão Presencial, Contrato e Termo de Aditamento nº 001;

c) exigências relativas à comprovação de deveres trabalhistas no ato dos pagamentos ao futuro contratado: Pregão Presencial e Contrato;

d) não atribuição de efeito suspensivo aos recursos contra habilitação ou inabilitação e julgamento da proposta: Pregão Presencial;

e) não comprovação do patrimônio líquido de 5% (cinco por cento) do valor total da proposta comercial relativamente à data de apresentação da proposta: Pregão Presencial;

f) ausência de evidência documental referente ao exame da regularidade do licitante vencedor quanto à eventual impedimento por estar apenado/suspenso perante a Administração Pública: Pregão Presencial, Contrato e Termo de Aditamento nº 001;

g) ausência de documento quanto à regularidade da Contratada perante o CADIN Municipal: Contrato e Termo de Aditamento nº 001;

h) remessa extemporânea de informações ao SERI: Contrato e Termo de Aditamento nº 001;

i) derivar de Licitação e de Contrato considerados irregulares: Contrato, Termos de Aditamento nºs 001 e 002;

j) definição do objeto licitado em quantidade inferior à estimada pela própria Administração Pública: Pregão Presencial, Contrato e Termo de Aditamento nº 001.

Requereu que o Recurso fosse conhecido e provido para modificar o v. Acórdão a fim de se acolher os Ajustes analisados ou, sucessivamente, os efeitos financeiros decorrentes.

Por sua vez, a Secretaria Executiva de Comunicação – SECOM pautou-se no voto minoritário do nobre Conselheiro Antônio Carlos Caruso, então Relator, que acolheu o Contrato e os Termos de Aditamento e conheceu do Procedimento Licitatório, relevando a falta de comprovação do Patrimônio Líquido e o envio extemporâneo das informações ao SERI e no voto do ilustre Conselheiro Maurício Faria, que embora julgando os Ajustes irregulares, aceitou os seus efeitos financeiros.

Nessa linha, rebateu cada uma das irregularidades encontradas, valendo-se dos argumentos a seguir resumidos. Quanto ao direito de retenção da garantia, asseverou que não havia legislação municipal cuidando do assunto, assim, pautou-se no parágrafo único[1] do artigo 35 da Instrução 02/2008 que expressamente determina a retenção da garantia prestada até que a contratada comprove a efetivação dos recolhimentos, cuja ausência poderia gerar a responsabilidade solidária da Administração. Aduziu, ademais, que, na esteira do artigo 34[2] da mesma Instrução, os Contratos deveriam ser fiscalizados pelos instrumentos de controle, observando-se que a retenção da garantia somente se concretizaria caso a Administração Pública constasse no polo passivo de alguma demanda ou se houvesse pesquisa fonética trabalhista a ser apresentada. No que respeita à ausência de embasamento legal para a Administração Pública exigir a apresentação de documentos que comprovem a regularidade dos procedimentos trabalhistas, fundamentou-se no v. Acórdão nº112/2007, do Tribunal de Contas da União, que reconheceu ser louvável a atitude do administrador público, desde que o documento fosse requerido para efeito de assinatura do Contrato e não na fase de habilitação. Em relação à comprovação do patrimônio líquido da contratada defendeu que os documentos apresentados garantiram a sua liquidez e que ela possuía capacidade econômico-financeira para cumprir as obrigações impostas pelo Contrato. Esclareceu que juntou aos autos o Demonstrativo dos Resultados no tocante ao último exercício e o Balanço Patrimonial devidamente registrados na Junta Comercial. Sustentou que tais documentos atestavam a capacidade de solvência da empresa. Asseverou que envidaria esforços para que não mais ocorressem o envio extemporâneo de informações ao sistema SERI e a não juntada dos documentos relativos à Relação de Empresas Apenadas e ao CADIN. No que se refere às horas excedentes e ao aditamento para acréscimo do objeto, aduziu que

---

[1] **Art. 35.** "Quando da rescisão contratual nas contratações de que trata o artigo anterior (...):
Parágrafo único. Até que a contratada comprove o disposto no "*caput",* o órgão ou entidade contratante deverá reter a garantia prestada".

[2] **Art. 34.** "A execução dos contratos deverá ser acompanhada e fiscalizada por meio de instrumentos de controle, que compreendam a mensuração dos seguintes aspectos, quando for o caso:
§ 5º. Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais nas contratações continuadas com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada, exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:
I - no caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas: **a)** recolhimento da contribuição previdenciária estabelecida para o empregador e de seus empregados, conforme dispõe o artigo 195, § 3o da Constituição federal, sob pena de rescisão contratual;
b) (...)".

não teve a intenção de violar o artigo 37, XXI[3], da Constituição Federal, posto que esta necessidade surgiu após a realização do Certame sendo que, por isso, não houve ferimento ao inciso IV[4] do § 1º do artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93. Requereu que o Recurso fosse admitido e provido para reformar a r. Decisão recorrida, julgando-se regulares o Pregão Presencial, o Contrato e os Termos de Aditamento analisados.

Na instrução dos Recursos, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle refutou as alegações da Secretaria Executiva de Comunicação, entendendo superadas apenas as infringências referentes ao envio das informações ao SERI e da juntada dos documentos relativos à Relação de Empresas Apenadas e ao CADIN. Ratificou, pois, o seu posicionamento conferido em Primeiro Grau pela irregularidade dos Ajustes examinados.

Por seu lado, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pela admissibilidade dos Recursos interpostos e, no mérito, insistiu inexistirem fatos novos em suas razões, opinando pelo improvimento, de modo que a r. Decisão recorrida seja mantida.

A Fazenda Pública Municipal, ciente do acrescido, ratificou seu posicionamento pelo acolhimento dos Ajustes ou, sucessivamente, pela aceitação dos seus efeitos financeiros.

Por fim, a Secretaria Geral também opinou pelo conhecimento dos Recursos e pelo improvimento de ambos, concordando com a Assessoria Jurídica, mesmo porque as razões recursais não trouxeram fatos novos capazes de modificar o já decidido.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos Recursos Voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pela Secretaria Executiva de Comunicação – SECOM, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade previstos no artigo 140 do Regimento Interno.

---

[3] Art. 37. "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: **XXI**: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

[4] **Art. 57,** § 1º, inciso IV, da Lei nº 8.666/93: A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...) **§ 1º**. Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: **IV -** aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei".

No mérito, saliento que apenas três são as matérias controvertidas constantes do voto do Ilustre Conselheiro Revisor, que sob esses aspectos, orientou o voto da corrente vencedora, as quais merecem análise nesta fase processual: I) o direito de retenção da garantia do Contrato na eventual hipótese de haver ação trabalhista contra a Contratada na qual a Administração Pública figure no polo passivo da demanda; II) a exigência de Certidões Negativas de Débitos da Fazenda Municipal, da Previdência Social e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e demais documentos para fins de pagamento e que foram arrolados nos subitens da Cláusula 8.1.1 do Edital e; III) a não atribuição de efeito suspensivo ao recurso de habilitação/inabilitação no julgamento da proposta.

Diante disso, os itens "a", "e", "f", "g", "h" e "j" do Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal constantes do Relatório e aqueles referentes à comprovação do patrimônio líquido da Contratada; à solvência da empresa mediante a junção do Balanço Patrimonial devidamente registrado na Junta Comercial; ao envio extemporâneo das informações ao sistema SERI; a não juntada dos documentos relativos à Relação de Empresas Apenadas e ao CADIN; às horas excedentes e ao aditamento para acréscimo do objeto arguidos pelo Recurso da Secretaria Municipal de Comunicação não merecem ser examinados posto que transbordaram do voto da corrente vencedora.

Assim, nego provimento ao Recurso da Procuradoria da Fazenda Municipal, eis que suas razões limitaram-se a reproduzir, na íntegra, a manifestação da Secretaria de fls. 342/354, apresentada anteriormente ao julgamento de Primeiro Grau, examinada e rejeitada à época do proferimento da r. Decisão recorrida, não havendo fatos novos hábeis a modificar o r. *decisum.*

Passo a me pronunciar, a seguir, sobre o Apelo da Secretaria no tocante aos pontos anteriormente indicados.

No que respeita à retenção da garantia, não procedem os argumentos da Recorrente. A jurisprudência desta Corte, - como os acórdãos proferidos nos TCs nºs 72.001.644.08-09[5] e 72.002.057.08-00, ambos de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Caruso, - direciona-se, no sentido de considerar ilegais cláusulas que prevejam mencionada retenção, pois ela se presta a garantir a execução contratual e, tão logo cumprido o ajuste, deve ser liberada e levantada pela Contratada, tal como prescreve o § 4º[6] do artigo 56 da Lei nº 8.666/93. Não merecem prosperar, pois, as alegações da Pasta, de que buscou evitar com a retenção mencionada e com a exigência da documentação em causa, que a Administração Pública respondesse subsidiariamente a uma eventual ação trabalhista nos termos da Súmula 331[7] do Tribunal Superior do Trabalho, vez que o diploma federal licitatório veda expressamente essa conduta.

---

[5] TC nº 72.001.644.08-09, Relator Antônio Carlos Caruso, votação unânime: *"as garantias prestam-se para assegurar a execução contratual e, após o cumprimento do contrato, ou seja, com a entrega e recebimento de seu objeto, deverão ser liberadas e levantadas pela contratada, conforme prescreve a Lei Federal 8.666/93, § 4º, artigo 56, sendo sua retenção, daí por diante, ilegal".* O mesmo se observa para o TC nº 72.002.057.08-00.

[6] Art. 56. (...)

§ 4º. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

[7] Súmula 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011: **I -** A

Ademais, a matéria referente à exigência da apresentação dos documentos relacionados ao âmbito trabalhista e à não atribuição do efeito suspensivo aos Recursos, já fora debatida amplamente na fase instrutória, tendo o Egrégio Plenário se pronunciado, à unanimidade, nos TCs citados.

Das razões aduzidas deflui que o Recurso da Secretaria também não apresentou fatos novos capazes de alterar o r. *decisum,* pelo que também lhe nego provimento mantendo a r. decisão guerreada por seus próprios fundamentos.

É como voto.

1º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, após determinação de Sua Excelência, na 2.540ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, para proferir voto de desempate. Naquela sessão votou o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, sendo que os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e EURÍPEDES SALES votaram na 2.539ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, nos termos de seu voto apresentado em separado, EURÍPEDES SALES, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, e ROBERTO BRAGUIM, em julgar irregular o procedimento licitatório Pregão Presencial 005/SECOM/2008, o Contrato 006/SECOM/2008 e os Termos de Aditamento 001/2009 e 002/2009.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES e ROBERTO BRAGUIM, votando o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES para efeito de desempate, nos termos do artigo 14, alínea "h", da Lei Municipal 9.167/80, combinado com o artigo 26, inciso IX, alínea

---

contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). **II -** A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). **III -** Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. **IV -** O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. **V -** Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. **VI –** A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral".

"a", do Regimento Interno deste Tribunal, em não aceitar os efeitos financeiros dos ajustes.

Vencido o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, nos termos do relatório e voto, que acolheu o contrato e os termos de aditamento, bem como conheceu do procedimento licitatório, relevou a falta de comprovação do patrimônio líquido e o envio extemporâneo das informações ao Sistema Eletrônico de Remessa de Informações – Seri, no entanto, determinou que os editais vindouros sejam adequados aos contornos da legislação que disciplina o tema, a exemplo dos TCs 72.001.644.08-09 e 72.002.057.08-00 julgados por este Egrégio Tribunal, bem como o Conselheiro MAURÍCIO FARIA – Revisor que julgou irregulares os instrumentos, mas aceitou os efeitos financeiros por eles produzidos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Relator, MAURÍCIO FARIA – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de março de 2011.

EDSON SIMÕES - Presidente, com voto.

EURÍPEDES SALES - Conselheiro prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Em julgamento o Contrato nº 006/SECOM/2008, celebrado entre a Prefeitura do Município de São Paulo, por meio da Secretaria Executiva de Comunicação e a empresa SKS Transportes Ltda. - que se sagrou vencedora no Pregão Presencial nº 003/SECOM/2008 -, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de transporte com veículos, motorista e combustível, com quilometragem livre.

Em julgamento, ainda, os Termos de Aditamento lavrados sob nºs 001 e 002, que visaram, respectivamente, o acréscimo de 1 (hum) veículo tipo C e, redução da hora/veículo – tipo B e C e do valor diário do veículo D1, em cumprimento ao contido no Decreto nº 50.395/2009.

A conclusão da Coordenadoria I, sob o aspecto contábil/orçamentário e legislação vigente, foi no sentido da irregularidade da licitação, do contrato, bem como dos termos de aditamento, como segue:

* <u>Em relação ao Edital</u>

- retenção da fiança exigida do futuro contratado, no caso de haver alguma ação trabalhista, no qual a Administração figure no pólo passivo, condição que contraria as disposições do artigo 56, § 4º da Lei Federal nº 8.666/93;

- exigências referentes à comprovação de deveres trabalhistas, no ato dos pagamentos ao futuro contratado, não havendo embasamento para a obrigação de apresentação, pelo contratado, de documentos comprobatórios de regularidade dos seus procedimentos trabalhistas;

- não atribuição de efeito suspensivo aos recursos, em apelação contra habilitação ou inabilitação e julgamento de propostas, contrariando o § 2º do artigo 109 da Lei nº 8.666/93.

* Em relação ao procedimento licitatório

A conclusão de irregularidade do certame é decorrente das irregularidades verificadas no edital. Elencou, no entanto, algumas ressalvas, quais sejam:

- o licitante vencedor não apresentou a comprovação do patrimônio líquido de 5% do valor total da proposta comercial relativamente à data de apresentação da proposta, em desatendimento ao item 11.10.5 do edital. Entretanto, considerando que o valor a comprovar em 16.12.08 era de R$ 34.380,00 e o Patrimônio Líquido no seu Balanço Patrimonial de 31.12.07 demonstrava o valor de R$ 416.016,86, entendeu que a omissão não prejudicou o resultado da licitação;

- não consta no Processo Administrativo evidência documental referente ao exame da regularidade do licitante vencedor quanto à eventual impedimento para licitar. Foi efetuada consulta, não sendo revelado irregularidade em nome da empresa.

Por tais apontamentos, propõe recomendação à Origem.

* Em relação ao Contrato

Considerando o fato de que exigências referentes aos deveres trabalhistas e retenção da fiança também foram inseridas no instrumento contratual, sua conclusão é pela irregularidade da contratação. Registrou, no entanto, algumas ressalvas, que embasaram sugestão de recomendação nos casos futuros, quais sejam:

- a remessa eletrônica das informações ao SERI foi extemporânea, infringindo as Instruções 01/02 e a Resolução nº 05/02;

- não há evidência documental referente ao exame de regularidade da contratada quanto à eventual impedimento ou perante o CADIN Municipal. Todavia, foram realizadas consultas, as quais revelaram não haver irregularidades em nome da contratada.

* Em relação aos Aditamentos nºs 001 e 002

Igualmente irregulares, em razão da licitação e da contratação.

Ainda, no que tange ao TA 001 registrou as mesmas impropriedades relacionadas com o SERI e exame de regularidade da contratada quanto à eventual impedimento para licitar, ou perante o CADIN Municipal. Uma vez mais consignou que, realizadas consultas, não foram reveladas pendências em nome da contratada.

Instada a se pronunciar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo destacou inicialmente como causa de irregularidade do certame e dos ajustes dele decorrentes a definição do objeto licitado em quantidade inferior à estimada pela Administração, ponderando que a solução adotada confluiu para a contratação de um quantitativo largamente superior, infringindo o preconizado pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República.

Ressalvando-se essa irregularidade, salienta que as demais conclusões da área auditora estão em consonância com a jurisprudência que vem sendo formada nesta E. Corte de Contas. Concluiu, assim, pela irregularidade do procedimento licitatório e dos ajustes examinados, sugerindo a intimação da Origem, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Regularmente intimados, os responsáveis ofereceram suas defesas, cujo teor foi examinado pela área auditora, permitindo-lhe ratificar o seu entendimento no sentido da irregularidade do certame e dos ajustes.

Em nova oitiva, a Assessoria Jurídica de Controle Externo ponderou que em relação ao efeito suspensivo do recurso no certame e à consulta ao CADIN Municipal seria possível elidir as falhas indicadas pela área auditora, ante a ausência de prejuízos concretos. Concluiu, ao final, que as defesas não trouxeram argumentos capazes de modificar o seu raciocínio em seu pronunciamento preliminar, opinando no sentido de que o procedimento licitatório e os ajustes sejam rejeitados.

A douta Procuradoria da Fazenda Municipal, endossando as defesas oferecidas, propõe o acolhimento do Pregão e dos instrumentos respectivos, requerendo, sucessivamente, a aceitação dos efeitos financeiros, na medida em que os autos não dão notícia de prejuízo ao Erário ou de má-fé.

A Secretaria Geral, a seu turno, perfilhando o posicionamento da área técnica e da AJCE, concluiu pelo não acolhimento do procedimento licitatório, do contrato dele decorrente e dos respectivos termos de aditamento, sem prejuízo das determinações julgadas cabíveis.

É o relatório.

VOTO

As análises produzidas pela Coordenadoria I e Assessoria Jurídica de Controle Externo revelaram que a matriz do certame contém cláusulas incompatíveis com as diretrizes traçadas pela legislação aplicável à espécie, quais sejam:

- da retenção da fiança (garantia) prestada;

- comprovação dos deveres trabalhistas como condição de pagamento;

- não atribuição de efeito suspensivo aos recursos.

A inserção de tais exigências no edital revelou-se, essencialmente, a motivação da conclusão uníssona dos técnicos desta Corte, no sentido da irregularidade do procedimento licitatório e dos ajustes dele decorrentes, posto que as demais constatações, como a falta de comprovação do patrimônio líquido e o envio extemporâneo das informações ao SERI, não seriam suficientes para macular os ajustes pelos motivos atrás referidos.

De se referir que essas normas e condições consignadas no instrumento editalício já foram objeto de apreciação por este Plenário em situações semelhantes, a exemplo dos TC's 1.644.08*09 e 2.057.08*00 e, julgadas demasiadas e contrárias à legislação e princípios regentes da matéria.

É certo que a área auditora, frente à essas decisões, não poderia ignorar tais intelecções por ocasião de suas análises, tanto assim, que as conclusões trilharam o sentido da irregularidade dos ajustes.

Entretanto, fator preponderante e que merece ser avaliado no caso em tela é o reduzido lapso de tempo entre a data de ocorrência do certame - autorizado em 2/12/2008 - e as decisões prolatadas acerca do assunto, o que induz à conclusão de que não houve tempo hábil para que a Origem tomasse conhecimento do teor destes julgados e, então, promovesse as adequações necessárias.

No que concerne ao aspecto abordado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, envolvendo o tema quantitativos e horas excedentes, impende salientar que esta matéria é disciplinada pela Portaria 052/SMG-G/2006, parâmetro utilizado pela Origem. De se observar, ademais, que foi fixado no Anexo IV do instrumento convocatório –Proposta de Preços - que o valor da hora extra/excedente deveria ser igual ao valor da hora normal, o que afastaria a ideia de eventual prejuízo quando da utilização destas horas extraordinárias.

Quanto a falta de comprovação de patrimônio líquido, no valor de 5%(por cento), do valor total da Proposta apresentada, perfilho a ponderação da Auditoria de que a omissão constatada não prejudicou o resultado do certame, posto que restou evidenciado nos autos que a empresa possuia um patrimônio superior ao percentual exigido no subitem referido.

Ante o panorama ora retratado e, por não divisar nenhum tipo de repercussão gravosa na hipótese dos autos, acolho o Contrato nº 006/SECOM/2008 e os Termos de Aditamento nºs 001 e 002 e, conheço do Pregão Presencial nº 003/SECOM/2008, relevando as falhas apontadas nos autos.

Determino, no entanto, que os editais vindouros sejam adequados aos contornos da legislação que disciplina o tema, bem como aos julgados deste E. Tribunal, a exemplo dos TC's atrás mencionados. **(2.539ª S.O.).**

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Voto pela irregularidade do Pregão nº 005/2008 e do Contrato nº 006/2008 diante da existência de cláusula que prevê a retenção da garantia do Contrato, na hipótese de haver alguma ação trabalhista contra a Contratada e na qual a Administração Pública Municipal figure no pólo passivo; diante da existência de Certidões Negativas de Débitos da Fazenda Municipal, da Previdência Social e do FGTS e demais documentos para fins de pagamento, arrolados nos subitens da cláusula 8.1.1 do Contrato; e, ainda, pela não atribuição de efeito suspensivo aos recursos contra habilitação ou inabilitação no julgamento da proposta, contrariando a previsão do § 2º do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93.

Referidas exigências, além de não encontrarem guarida legal, já foram reprovadas por esta E. Corte, conforme julgamento do TC nº 72.002.057.08-00 pela irregularidade da contratação.

Diante da irregularidade do Contrato, voto também pela irregularidade dos Termos Aditivos que o seguiram, nos termos dos pareceres unânimes dos órgãos técnicos desta Corte.

Ao mesmo tempo, posiciono-me pela aceitação dos efeitos financeiros com base em três fundamentos:

1) as irregularidades dizem respeito às falhas de procedimentos por parte, exclusivamente, da Administração, não havendo qualquer imputação de irregularidade à Contratada;

2) como já exposto no voto do Conselheiro Relator, não houve tempo hábil para que a Origem tomasse ciência do julgado referente ao TC nº 72.002.057.08-00, julgado este da Sessão de 10/12/2008, quando, na verdade, esses procedimentos – a autorização do certame ora em julgamento -, se deram em 02/12/2008, e, por último;

3) a Contratada, inclusive, não foi intimada para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não podendo assim ser atingida em seus direitos. **(2.539ª S.O.).**

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Edson Simões

Cuidam os autos do TC 980.09-43, da análise do Pregão nº 5/2008, do Contrato 6/2008 e dos Termos Aditivos nº 1 e 2 de 2009, celebrados entre a Secretaria do Governo Municipal e SKS Transportes Ltda., tendo por objeto a prestação de serviço de transporte com veículos, motorista e combustível.

Na sessão 2.539ª, o Conselheiro Relator Vice-Presidente Antonio Carlos Caruso julgou regulares o Pregão, o Contrato e os Termos Aditivos, expedindo determinação à Origem.

Divergiu o Conselheiro Revisor Maurício Faria que julgou irregulares o pregão, o contrato e os termos aditivos**,** aceitando, contudo, seus efeitos financeiros.

O Conselheiro Eurípedes Sales julgou o pregão, o contrato e os termos aditivos irregulares, não aceitando os efeitos financeiros.

Na sessão 2.540ª, o Conselheiro Corregedor Roberto Braguim acompanhou o voto do Conselheiro Eurípedes Sales.

Com efeito, registrou-se empate quanto aos efeitos financeiros do Contrato e dos Termos Aditivos e consoante disposição legal profiro o VOTO DE DESEMPATE.

VOTO, com fundamento nos pareceres da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretária Geral, alinhado à corrente perfilhada pelo Conselheiro Eurípedes Sales e pelo Conselheiro Roberto Braguim, restando assim, por maioria de votos, não acolhidos os efeitos financeiros do contrato e dos termos aditivos.