TC nº 72-000.990.02-20

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PRÉ-QUALIFICAÇÃO. SES. Construção de Centros Educacionais Unificados – CEUs. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Tramita em conjunto com os TCs 72.000.978.02-25, 72.000.316.02-55, 72.004.782.02-55 e 72.002.307.02-80

2.739ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado 29.09.2014

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

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 da representação, por preenchidos os requisitos legais de admissibilidade estabelecidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, em julgá-la improcedente, por ausência de amparo legal.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em determinar a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Serviços e ao representante, acompanhado de cópia deste Acórdão, em cumprimento ao que determina o artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, cumpridas as formalidades legais cabíveis, arquivem-se estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de abril de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação endereçada a este Tribunal, que reproduz as razões na invocadas Impugnação ao Edital de Pré-Qualificação nº 01/SSO/2002, publicado pela antiga Secretaria de Serviços e Obras, atual Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana, oferecida pelo Sindicato da Indústria de Construção Civil de Grandes Estruturas do Estado de São Paulo – SINDUSCON-SP, certame esse que objetivou pré-qualificar empresas para a construção de até 45 (quarenta e cinco) Centros Educacionais Unificados – CEUs.

O Sindicato Autor da Inicial questionou os seguintes itens do aludido Edital:

1- "O Sistema de Pré-Qualificação" e a suposta "Equivocada Utilização da Pré-Qualificação".

2- "A inexistência do Projeto Básico e Orçamento Detalhado".

3- "O Atestado Técnico-Operacional".

4- "A Exigência de Quantitativos Mínimos".

5- "A Grande Concentração de Obras e Serviços".

6- "A Qualificação Econômico-Financeira".

7- "A Violação ao Espírito da Lei de Licitações" e a "Infração da Ordem Econômica" (folhas 05/21).

A Equipe Multidisciplinar constituída na Subsecretaria de Fiscalização e Controle encarregada da análise do Edital de Pré-Qualificação nº 01/SSO/2002, no TC nº 316/02-09, concluiu ser parcialmente procedente a Inicial, com exceção do contido no item 3º acima citado, - Atestado Técnico Operacional – por defender entendimento diverso do já adotado e pacificado sobre o assunto por este Tribunal de Contas ao endossar o parecer da Assessoria Jurídica (folhas 24/57).

Conforme anteriormente afirmado, a presente Representação é cópia do recurso de Impugnação ao Edital de Pré-Qualificação nº 01/SSO/2002, oferecido à Origem pelo Sindicato Representante quando da divulgação do Edital, recurso esse ao qual não logrou obter provimento, e ensejou o ingresso perante o Juízo de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública com Mandado de Segurança, visando a paralisação do pleito.

A Procuradoria da Fazenda anexou aos autos cópias da Inicial da citada demanda bem como das razões oferecidas pela Prefeitura de São Paulo na ação, e também do despacho proferido indeferindo a medida liminar pleiteada pelo Sindicato Impetrante.

No respeitante ao mérito, o Órgão Fazendário subscreveu as informações oferecidas pela Secretaria de Serviços e Obras, encartadas por cópia sob folhas 173/178, nas quais, pontualmente, a Administração Municipal enfrentou os questionamentos suscitados pelo SINDUSCON e, sustentou a legalidade das cláusulas edilícias, que estavam embasadas em critérios de interesse público do Município de São Paulo, considerado o vulto das futuras obras de edificações a serem executadas (folhas 275/281).

Em razão da conexão de matérias, foi determinada a tramitação conjunta do presente TC com os de nºs 978/02-25, 316/02-90, 2.307/02-80, 4.782/02-55, para conjunto julgamento (folhas 253/276).

A Secretaria Geral, em pronunciamento único, que engloba os assuntos tratados nos processos acima citados e, em especial ao objeto da presente Representação, opinou no sentido da improcedência da Inicial, endossando os argumentos sustentados pela Procuradoria da Fazenda Municipal.

No tocante à divergência de entendimentos entre a Assessoria Jurídica e a Engenharia a respeito da exigência nos atestados de capacidade técnica em nome do licitante, com visto pelo CREA, entendeu assistir razão à Assessoria Jurídica de Controle Externo e à Origem, uma vez que já se encontra pacificado o assunto por decisões do Plenário deste Tribunal.

Quanto ao suposto descumprimento ao artigo 16, incisos I e II da Lei de Responsabilidade Fiscal, suscitado em diversos processos, trouxe à colação ensinamentos da Doutrina Pátria, segundo os quais, diante de ato administrativo aparentemente ilegal duas alternativas existem: a anulação do ato praticado com nulidade absoluta ou a convalidação, se existente vício sanável.

Argumentou, que segundo o entendimento de Weida Zancaner, todas as vezes em que a Administração Pública se deparar com ato viciado, que pode ser caracterizado como ato ampliativo, do qual decorreram sucessivas relações jurídicas, gerando para sujeitos de boa-fé, situação jurídica amparada em norma protetora de tais interesses, a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.

Aduziu, também, que segundo o magistério de Marçal Justen Filho, a maneira mais satisfatória para atendimento do interesse público na falta, ou tardio cumprimento do artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, "Em princípio, cabe responsabilizar o agente que omitiu as providências cabíveis. No tocante à licitação e contratação e eventual invalidação deverá observar o princípio

da proporcionalidade e ocorrência de lesão ao interesse público". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, página 115).

Arrematou concluindo que, na espécie dos autos, a invalidação acarretaria significativos prejuízos de ordem econômico-financeiro e social do que benefícios, motivo pelo qual a convalidação das infringências se colocaria como a melhor solução (5- folhas 283/293).

É o relatório.

VOTO

De conformidade com os pronunciamentos expressados nos autos, que endosso e ficam fazendo parte integrante do presente, conheço da representação, por preenchidos os requisitos legais de admissibilidade estabelecidos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno desta Corte.

No tocante ao mérito, acolho por legítimos os argumentos sustentados pela então Secretaria de Serviços e Obras, nas razões oferecidas ao Poder Judiciário no Mandado de Segurança impetrado pelo Autor da presente Representação.

E isto por que:

1- foi atendido o fixado no artigo 114 da Lei Federal nº 8.666/93 no tocante a utilização da Pré-qualificação;

2- a grande concentração de obras e serviços objetivou atender a economia de escala prevista no artigo 23, parágrafo 1º da Lei Federal citada;

3- a exigência de apresentação de atestados técnicos operacionais visou aferir a capacidade técnica das interessadas, considerado o vulto da execução das obras e dos serviços licitados;

4- orientou-se a necessidade da demonstração da qualificação econômica e financeira, para aferir a capacidade financeira das participantes; e

5- as exigências do Edital de Pré-qualificação conformam-se com no disposto no artigo 37 da Constituição Federal e com os efetivos interesse do Município de São Paulo. Confira-se às folhas 173/187 dos autos.

De ressaltar-se que, não foi outro o entendimento sobre a matéria acima citada do representante do Ministério Público do Estado de São Paulo, ao exarar seu pronunciamento, propugnando pela denegação da segurança no "writ", o qual, no essencial, permito-me transcrever:

> *"Nenhum princípio legal ou constitucional foi ferido. A livre concorrência dentro dos parâmetros apresentados está mais do que preservada. O que deve ser observado é que a Administração Pública com o seu poder de discricionariedade tem a obrigação de fiscalizar aquele princípio; liberdade sim, com critérios e regras claras e bem definidas, como é o caso em questão. Não há de se falar em privilégios ou protecionismos, mas tão somente na garantia final de uma obra efetuada por empresa idônea e competente. Estes os objetivos que se extraem do tão contestado edital".*

Diante de todo o exposto e do que mais dos autos consta e, tendo em vista a Decisão sobre a matéria dos presentes autos proferida pelo Poder Judiciário no Mandado de Segurança impetrado pelo Autor da Inicial, já transitada em julgado (Diário Oficial do Estado de 31/10/2007), que acrescento ao presente voto como razões de decidir, julgo improcedente a presente representação.

Determino a expedição de OFÍCIOS dirigidos à Secretaria Municipal de Serviços e ao Autor da Inicial, que deverão seguir acompanhados da Decisão a ser alcançada pelo Plenário, ficando, desde já, autorizado o oportuno ARQUIVAMENTO dos autos, cumpridas as formalidades legais cabíveis.