JURISPRUDÊNCIA

TC nº 1.098/97*28

Representação - Vereador - Concorrência - GEPROCAV - edital - construção de galeria em túnel para ampliação de vazão do córrego Pirajussara - englobamento de obras destinadas em um único lote - comprovação de obras que não constituam parcelas significativas do objeto - exigência de índice de imobilização do patrimônio líquido muito elevada - requisitos de qualificação técnica restritivos do caráter competitivo e impertinentes ao objeto licitado - proibição da participação de consórcio - discricionariedade da vedação - insuficiência do projeto básico para caracterização do objeto - não realização de audiência pública antes da publicação do edital - não configuração de irregularidade - denúncias julgadas procedentes, com determinação à Origem para que suspenda o procedimento licitatório, a fim de corrigi-lo - CF, art. 37, XXI, Lei 8666/93, art. 30, I e art. 39.

Exmo. Sr. Cons.º Relator

Versa o presente sobre pedido de parecer, formulado pela Vereadora Aldaiza Sposati, a respeito de Representação por ela encaminhada ao Procurador Geral da Justiça do Estado de São Paulo, solicitando apuração de fatos e responsabilidades relativas ao Edital da Concorrência Pública nº 010/GEPROCAV/96, do Município de São Paulo.

Na representação, anexada por cópia, alega a requerente que o Edital, tendo por objeto a construção de galeria em túnel para ampliação da vazão do Córrego Pirajussara, englobava obras distintas em um único lote, requeria basicamente comprovação de escavação de túnel embora não fosse essa a única obra licitada e vedava a participação de consórcios, contrariando, portanto, princípios e normas da licitação pública.

A AT Economia analisou o Edital no tocante ao Índice de Imobilização do Patrimônio Líquido exigido, o qual já havia sido objeto de impugnação da empresa Serveng Civilsan, anexada por cópia aos autos. Tendo examinado sua adequação relativamente às doze maiores empresas do setor, constatou que apenas quatro não atenderiam às exigências do Edital, pontuando entre elas, entretanto, a primeira e a oitava colocadas na classificação elaborada pela Revista Exame, no critério de Excelência Empresarial, o que revelava não ser o índice mais adequado (fls. 56 a 61 e documentos de fls. 26 a 55).

A AT Engenharia concluiu, com relação à qualificação técnica exigida das empresas, serem restritivas as exigências referentes à comprovação de escavação de túnel e da execução de galeria em concreto, sobre não se justificarem exigências de comprovação de obras que não constituíam parcelas significativas do objeto da licitação, além da exigência de sua execução em área urbana. Considerou, ainda, limitativa a vedação da participação de consórcios, e

insuficiente o projeto básico para a caracterização da obra, finalizando por apontar a falha consistente na falta de Audiência Pública previamente à publicação do Edital, consoante exigida no art. 39, da Lei 8.666/93 (fls. 63 a 65).

Aud I considerou prejudicada a auditoria de acompanhamento da licitação que lhe fora determinada, tendo em vista o adiamento da licitação sine die, conforme publicação no DOM de 1º de março de 1997 (fls. 70 e 72).

A AT Jurídica acompanhou os pareceres técnicos antes elaborados, opinando pela sustação da licitação, para que nova convocação atendesse aos preceitos legais inobservados pelo Edital analisado (fls. 73/76).

A Secretaria de Vias Públicas, de onde se originou a licitação, apresentou defesa, onde sustentou, em resumo, haver justificativa técnica para a licitação em conjunto das obras, estar a exigência de atestados adequada ao serviço mais relevante pretendido e estar a proibição de participação de consórcios justificada na necessidade da contratação de empresa com suporte técnico efetivo, além de estribada em experiências anteriores da Administração. No tocante ao Índice de Imobilização do Patrimônio líquido, asseverou que, dentre treze empresas dedicadas à construção de obra pública, dez delas, representando a quase totalidade, atenderiam à condição imposta, o que demonstrava não ser a exigência restritiva. Afiançou conter o projeto básico as informações possíveis no tipo de obra pretendido e que o valor da licitação para dezembro de 1996 estava abaixo do limite previsto previsto para a necessidade de Audiência Pública, tendo sido realizada Audiência Pública em SVMA, para discussão da alternativa adotada. Aduziu, finalmente, que o Ministério Público do Estado de São Paulo havia opinado pelo arquivamento da Representação sob o mesmo título a ele dirigida, consoante ofício de fls. 111, sustentando não merecer sustação o processo licitatório instaurado (fls. 100 a 108 e documentos de fls. 109 a 111).

A AT Economia, a AT Engenharia e a AT Jurídica mantiveram os posicionamentos anteriores (fls. 115, 118 e 119 e 120/121).

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido de ouvir a origem sobre a persistência do seu interesse na licitação, dada a notícia do adiamento "sine die" da data da entrega das propostas (fls. 124).

Verifica-se, desde logo, que a origem não defendeu, nem justificou as exigências técnicas do Edital, impugnadas pela AT Engenharia.

E lhe cumpria esse encargo, uma vez que a Lei Federal nº 8.666/93, em seu art. 3º, § 1º, inciso I, veda expressamente a adoção de cláusulas restritivas ao caráter competitivo das licitações, ou sejam impertinentes ou irrelevantes ao objeto licitado. Essa disposição encontra seu fundamento de validade no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, e é reafirmada no art. 30, I da mesma lei federal de licitações, que estabelece uma necessária compatibilidade entre as atividades anteriores da empresa e o objeto licitado.

Afirma Jessé Torres Pereira Junior:

> "Logo, a Lei nº 8.666/93 timbrou de rigor, rente à ordem magna, ao rejeitar qualquer preferência ou distinção impertinente ou irrelevante "para o específico objeto do contrato". O que não importa à execução deste não pode ser tido como de interesse público, constituindo-se ao contrário, em discriminação

incompassível com o princípio da igualdade" (Comentários à Lei da Licitações e Contratações da Administração Pública - 1ª ed. Renovar - 1997 - p. 39).

Antonio Carlos Cintra do Amaral refere-se ao requisito da adequação, no tocante às exigências de capacidade técnica:

"O dispositivo constitucional exige que exista uma relação de adequação entre o requerido pela Administração e o objeto da licitação. Essa relação de adequação traduz-se na noção de indispensabilidade. Assim, a Administração não pode exigir requisitos de qualificação técnica ou econômica-financeira além do que seja essencial ao cumprimento das obrigações, frustrando o caráter competitivo da licitação e ferindo, assim, o disposto no art. 3º, § 1º, inc. I da Lei 8.666/93" (Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos 1ª ed. Malheiros Editora 1996 p. 78).

Também impressionam os exemplos utilizados pela AT Economia, para demonstrar o caráter restritivo do Índice de Imobilização do Patrimônio Líquido exigido, dado que, embora alcançasse a maioria, excluiria as melhores empresas do setor.

De outro lado, conquanto inconsistentes os argumentos utilizados pela origem, possível era a vedação de participação de consórcios de empresas, porquanto, "a lei abre amplo espaço à discricionariedade administrativa na matéria, seja quanto á decisão de permitir a participação, ou quanto às exigências de habilitação preliminar..." (Jessé Torres Pereira Junior, ob. cit. p. 251).

No tocante à exigência de audiência pública, contida no art. 39, da Lei 8.666/93, forçoso é convir ser o dispositivo de duvidosa constitucionalidade. A regra não se refere à licitação, sendo antes, instrumento de participação popular, comportável portanto em leis constitucionais ou de estruturação política, e não em diploma legal regedor de processo administrativo de seleção.

De qualquer forma, a providência não vincula a Administração ao resultado do debate, e como acentuam Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino, "Desarrazoada, sem sentido, pródiga, descabida e absolutamente inútil a previsão que obriga a uma audiência sem finalidade alguma" (Manual Prático das Licitações - Saraiva - 1995 - p. 55). Destarte, é possível considerá-la compreendida, no caso em exame, na audiência pública já realizada para discutir o impacto da obra no meio ambiente, consoante informado pela origem (fls. 108).

Também convincentes foram os argumentos da origem relativamente ao aperfeiçoamento do projeto básico, não atingível na espécie de obra tratada, tendo em conta o fato de que, somente à medida que as escavações avançam, poderia ocorrer o detalhamento das seções, em função da morfologia encontrada.

A constrição ao processo seletivo acarretada pelas descabidas exigências da capacidade técnica, entretanto, é suficiente para recomendar a sustação do procedimento, para a sanatória dos vícios sob esse tópico detectados. Nesse aspecto, acompanho os órgãos técnicos desta Corte.

À consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 01 de dezembro de 1997.

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

RELATÓRIO

Trata o presente TC de representação feita pela Vereadora Aldaíza Sposati solicitando a apuração de irregularidades existentes no Edital de Concorrência Pública nº 10/GEPROCAV/96.

Na citada representação, alega a requerente que o Edital tinha por escopo, a construção de galeria em túnel para ampliação da vazão do córrego Pirajussara. Afirma que tal edital englobava obras distintas em um único lote. Requeria, basicamente, comprovação de escavação de túneis embora não fosse essa a única obra a ser licitada. Vedava, ainda, a participação de consórcios o que, no seu entender, contraria princípios e normas da licitação pública.

A Assessoria Técnica de Economia analisando o edital no que diz respeito ao índice de Imobilização do Patrimônio Líquido exigido para licitar entendeu que o mesmo não se revelava como o mais adequado. Aplicando-se o indicador junto ao "ranking" das doze maiores empresas do setor, apenas oito delas permaneceriam na competição estando, entre as excluídas, a primeira e a oitava colocadas na classificação feita pela revista Exame.

A Assessoria Técnica de Engenharia conclui que a necessidade de comprovar escavações realizadas em áreas urbanas e a execução de galerias em concreto não se justificam, uma vez que não são parcelas substantivas das obras. Considerou restritiva a vedação à participação de consórcios. Por último, reputou insuficiente o projeto básico apresentado.

A Assessoria Técnica acompanhou as manifestações dos demais órgãos técnicos opinando pela sustação do certame para que se fizesse nova convocação que atendesse os preceitos legais inobservados no edital analisado.

A Secretaria de Vias Públicas apresentou defesa aonde sustentou haver agido dentro da legalidade ao formular seu edital.

Em nova rodada de apreciação nossos órgãos técnicos mantiveram as conclusões anteriormente alcançadas.

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se no sentido de inquirir-se a Municipalidade para saber se havia interesse no prosseguimento da licitação uma vez que havia notícias de adiamento "sine-die" da mesma.

A Secretaria-Diretoria Geral entendeu não haver a origem justificado apenas o que diz respeito à exigência de capacitação técnica o que, no entendimento daquela SDG, seria suficiente para determinar a sustação do procedimento para a sua correção.

É o relatório.

VOTO

À vista das manifestações dos órgãos técnicos, JULGO procedente as denúncias apresentadas pela Vereadora Aldaíza Sposati. Determino à Origem que suspenda o procedimento licitatório a fim de corrigi-lo conforme proposto pelos órgãos técnicos deste Tribunal.

Plenário Cons. Paulo Planet Buarque, 19 de agosto de 1998.

RUI CORRÊA
Conselheiro Substituto
Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.001.098/97*28, do qual é Relator o Conselheiro Substituto RUI CORRÊA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em considerar procedentes as denúncias apresentadas pela Vereadora Aldaíza Sposati, determinando à Origem que suspenda o procedimento licitatório, a fim de corrigi-lo, conforme proposto pelos Órgãos Técnicos desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em oficiar à Nobre Vereadora e à Secretaria de Vias Públicas, encaminhando cópia do relatório e voto do Relator, bem assim da manifestação da Secretaria-Diretoria Geral, às fls. 126/131 dos autos.

Participaram do julgamento o Conselheiro Substituto OCTÁVIO SAVÉRIO CURCIO – Revisor, e os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador da Fazenda Municipal RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de agosto de 1998.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

RUI CORRÊA
Conselheiro Substituto
Relator