TC nº 72-001.604.07-03

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. Subprefeitura. Locação de caminhões basculantes. Suspensão. Exclusão de itens censurados. Exigências descabidas. Ilegalidade. Art. 3º, "caput", Lei 8.666/93. Art. 37, CF. CONHECIDA. PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Relatório e voto englobados: 72.001.661.07-39

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.407ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro Antonio Carlos Caruso – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em receber a representação interposta pelo Senhor Michel Braz de Oliveira, visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, no mérito, em julgá-la procedente, para o fim de serem declaradas ilegais as cláusulas 8.3.1.1, 8.6.4 e 8.6.5 do edital de licitação na modalidade Pregão 005/SP-MP/2007, tendo em vista que os itens editalícios impugnados de fato feriram a legislação que rege a matéria licitatória.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar à Subprefeitura São Miguel que não mais inclua nos editais exigências inquinadas de irregularidades.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal, com o posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Edson Simões e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 27 de maio de 2009.

Roberto Braguim
Presidente.

Antonio Carlos Caruso
Relator.

RELATÓRIO e **VOTO englobados**: v. TC 72.001.661.07-39.

RELATÓRIO

Trata-se de Representações interpostas pelo Sr. Michel Braz de Oliveira, requerendo a suspensão dos procedimentos licitatórios – Pregão Presencial n° 005/SP-MP/2007, que tem por objeto a locação de dois caminhões basculantes com motorista e combustível, e Pregão Presencial nº 07/SP-MP/07, para locação de motoniveladora, com operador e combustível, ao escopo de serem ilegais os itens dos Editais que exigem, juntamente com o Atestado de Capacidade Técnica, a apresentação das últimas cinco notas fiscais e cópia autêntica dos respectivos contratos; a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Salariais, expedida pela Delegacia Regional do Trabalho e, ainda, a Certidão Negativa de Infrações Trabalhistas, emitida pela Justiça Trabalhista.

O Nobre Conselheiro Edson Simões, relator à época, determinou a suspensão liminar dos Pregões.

A Coordenadoria III e a Assessoria Jurídica entenderam procedente a representação no que tange ao item 8.3.1.1, apresentação das últimas cinco notas fiscais e cópia autenticada dos contratos para conferir autenticidade aos atestados de capacidade técnica e apresentação de certidões negativas de infrações trabalhistas (item 8.6.5).

Manifestaram-se pela improcedência no que diz respeito à apresentação de certidão negativa de débitos salariais emitida pela Delegacia Regional do Trabalho (item 8.6.4).

Sugeriram os técnicos que esta última certidão poderia ser substituída por declaração da licitante, afirmando não possuir débitos salariais.

O Nobre Conselheiro Substituto, então Relator, determinou a expedição de ofício à Origem para que, se expurgados os itens impugnados, poderia dar prosseguimento aos certames.

Em resposta, foi encaminhada e entranhada nos autos cópias dos novos editais elaborados, comprovando a exclusão dos itens censurados.

Instadas a se manifestarem, a Coordenadoria III e a AJCE entenderam que os novos atos convocatórios adequaram-se às imposições do Tribunal.

Cumprida a determinação do Conselheiro Relator, a Origem deu seguimento aos certames até o final.

Redistribuída a relatoria a este Conselheiro, determinei o retorno à SFC e à AJCE para que apresentassem a fundamentação legal e constitucional do seu pronunciamento sobre a validade da apresentação de certidões negativas de débitos salariais e de infrações trabalhistas das empresas interessadas em participar da licitação, ou da substituição da primeira delas por declaração da licitante.

Em resposta, a Coordenadoria III manifestou-se pelo embasamento no Princípio da Probidade Administrativa, insculpido no "caput" do artigo 3°, da Lei Federal n° 8.666/93, e no Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa imposta pelo "caput" do artigo 37, da Carta Magna. A precaução seria oportuna diante da responsabilidade subsidiária decorrente das obrigações trabalhistas atribuída ao tomador dos serviços, consoante preconizado pela Súmula 331 do TST.

Nesse mesmo sentido as considerações da AJCE.

A seguir, a Procuradoria da Fazenda Municipal opinou pelo recebimento das representações e, quanto ao mérito, considerou-as prejudicadas, diante da exclusão das cláusulas censuradas nos novos editais.

O Sr. Secretário Geral opinou pela admissibilidade das representações e, tendo em vista que a Origem cumprira o que lhe fora determinado, propôs a extinção dos processos, sem julgamento do mérito, uma vez que as proposituras teriam restado prejudicadas.

É o relatório.

VOTO

Recebo as representações, posto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

No mérito, entendo-as PROCEDENTES em seu todo, posto que os itens editalícios impugnados de fato feriram a legislação que rege a matéria licitatória.

Unânimes os posicionamentos dos técnicos do Tribunal pela irregularidade do subitem 8.3.1.1, que dispunha sobre a apresentação das cinco

últimas notas fiscais, junto com o atestado de capacidade técnica e do item 8.6.5, apresentação de certidão negativa de infrações trabalhistas.

Por essa razão, abstenho-me de comentá-las, pois sua ilegalidade está tecnicamente sedimentada.

Em contrapartida, contrariamente aos técnicos da Coordenadoria III, Assessoria Jurídica de Controle Externo e Secretaria Geral, julgo descabida também a exigência do item 8.6.4: apresentação de 'certidão negativa de débitos salariais' expedida pela Seção de Fiscalização do Trabalho da Delegacia Regional do Trabalho, ou sua substituição por declaração da licitante.

O argumento da Coordenadoria III no sentido de que a base para tais exigências seriam os princípios da probidade e da moralidade administrativa é totalmente equivocado, eis que olvidou outro princípio garantidor do constitucional da isonomia, qual seja, o princípio da legalidade.

A respeito, ensina-nos Marçal Justen Filho, em sua obra 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos', 12ª edição, fl. 58:

> *'O princípio consagra uma diretriz valorativa, cuja aplicação envolve ponderação do aplicador. Por isso, o princípio não se traduz numa solução única, aplicável de modo uniforme. Comporta a adequação necessária às circunstâncias e aos valores envolvidos na situação concreta.*
>
> *Já a regra se caracteriza pela redução da margem de autonomia valorativa do aplicador. A regra contém uma solução que deve ser aplicada em vista de certos pressupostos previamente determinados. O aplicador da norma está vinculado ao conteúdo da regra.*
>
> *Como decorrência, é usual a consagração concomitante de um princípio de regras relativamente à sua aplicação. Essas regras se destinam a reduzir o âmbito de autonomia do aplicador, subordinando-o a escolhas predeterminadas no âmbito da lei'.*

Ora, nossa Lei Maior, ao cuidar da Administração Pública, no Capítulo VII, Seção I, dispões no "caput" do 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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:*

I – (omissis)

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, a qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, e, regulamentando-o, prescreve a Lei Federal nº 8.666/93, que será exigida, para efeito de habilitação nas licitações, exclusivamente, documentação relativa a: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (relacionado com o trabalho de menores de dezesseis anos).

No mesmo sentido, dispõem as regras da Lei Municipal nº 13.278/02.

Por óbvio, as imposições editalícias, cuidadas nos autos, não se encaixam nas normas legais regedoras da matéria licitatória.

Cabe, a respeito, uma vez mais, referência ao supracitado Mestre, que à fl. 400, assim se expressa:

'Não se admite a ampliação das exigências previstas no art. 29, especialmente para o fim de exigir a comprovação da ausência de débitos de outra ordem, que não os previstos no referido dispositivo legal'.

E, em seguida, cita decisão do Tribunal de Contas da União, nos seguintes termos:

'9.4 determinação à Fundação Universidade de Brasília (FUB) que: 9.4.4 evite incluir requisitos de habilitação fiscal além da documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/93, a exemplo de certidões de regularidade sindical, negativa de débito salarial e negativa de infrações trabalhistas' (Acórdão nº 1.979/2006, Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues).

Pelo exposto, VOTO pela PROCEDÊNCIA das representações interpostas, para o fim de serem declaradas ilegais as cláusulas 8.3.1.1, 8.6.4 e 8.6.5 dos editais dos Pregões nº 005/SP-MP/2007 e nº 007/SP-MP/2007.

No entanto, levando-se em conta a autorização para prosseguimento dos certames, exarada pelo então Relator, entendo que nada há ser determinado a respeito, a não ser que a Origem não mais inclua nos editais exigências inquinadas de irregularidades, tais como as aqui cuidadas.

Após as medidas regimentais, arquivem-se os autos