



TC nº 72-001.644.08-09

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. Subprefeitura. Serviços de transporte com veículos. Exigências indevidas. Ilegalidades. Caráter restritivo. CONHECIDA. PROCEDÊNCIA PARCIAL, com DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Antonio Carlos Caruso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, após vista que lhe fora concedida, durante a fase de discussão, na 2.405ª S.O.

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, visto que preenchidos os pressupostos de admissibilidade. Acordam, ademais, à unanimidade, no mérito, em julgar improcedentes os seguintes questionamentos:

a) Da ilegal contratação em período com vedação expressa na Lei de Responsabilidade Fiscal – Consoante expôs a Coordenadoria III, deste Tribunal, não houve descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo em vista que os recursos para pagamento no presente exercício estão devidamente reservados e o restante está previsto no Orçamento Programa de 2009.

b) Da fixação de quantitativos mínimos em atestados, além de erro, consistente na divergência entre o valor apresentado na forma numeral e o apresentado por extenso – A imposição de quantitativos mínimos como requisito de qualificação técnica é vedada apenas para a comprovação de aptidão tecno-operacional. Ademais, houve evidente equívoco no que tange à citação na forma numeral e o apresentado por extenso, o qual, de resto, já havia sido corrigido por publicação no Diário Oficial da Cidade de São Paulo.

c) Da exigência de cobertura por seguro total – A exigência atende ao interesse público. Não obstante, a cláusula editalícia deverá ser revista no sentido de não serem estabelecidas distinções entre o seguro dos veículos com ou sem motoristas. A cobertura deverá abranger todo e qualquer evento lesivo, devendo ser enfatizada a circunstância de que a franquia será de responsabilidade da contratada.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgar procedentes os seguintes questionamentos:



- a) Da ilegalidade quanto à não-atribuição de efeito suspensivo aos recursos – Não há suporte legal para tal disposição, visto que se aplica, no caso, a Lei Federal 8.666/93, que atribui efeito suspensivo aos apelos contra habilitação ou inabilitação e julgamento de proposta.
- b) Da ausência de valor estimado da contratação/comprovação de capital mínimo – Razão assiste à representante, uma vez que a Lei Federal 8.666/93, ao admitir a exigência de capital mínimo ou de patrimônio mínimo, determina que não poderá exceder 10% do valor estimado da contratação.
- c) Da ilegalidade da exigência de vínculo empregatício pela CLT, bem como do constante no item 6.5 do edital, pelo qual se obriga a contratada a cumprir os deveres trabalhistas que possuir – Sem dúvida, é uma descabida ingerência nos assuntos das empresas licitantes, visto que não há na legislação nada que lhe dê suporte. Possui caráter restritivo, sendo, ademais, requisito impertinente ao objeto da licitação.
- d) Das exigências indevidas para o pagamento dos serviços prestados constantes da cláusula 8ª do edital e da cláusula 4ª da minuta de contrato – Não há embasamento na legislação para tal imposição, sendo certo, também, que a prestadora de serviço não está obrigada, por lei, a comprovar perante a contratante a regularidade dos seus procedimentos trabalhistas.
- e) Da ilegalidade de retenção do levantamento da caução – 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.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, nos termos da proposta do Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em determinar que conste no edital a utilização obrigatória de cartão-convênio para abastecimento dos veículos em locação.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em expedir determinação à Subprefeitura Penha para que refaça o edital, escoimando-o dos vícios apontados.

ACORDAM, também, à unanimidade, consoante proposta do Conselheiro Maurício Faria contida em sua declaração de voto, considerando que alguns dos questionamentos presentes na representação encontram guarida na Portaria 52/06 da Secretaria Municipal de Gestão, que definiu parâmetros para a contratação de serviços de transporte, vigilância e segurança patrimonial e limpeza, em determinar a instauração de processo, em apartado, para examinar o conteúdo integral da portaria citada, tendo em vista que a mesma é ato administrativo em sentido amplo e tem como conteúdo a fixação de diretrizes para a elaboração de editais-padrão para a contratação dos serviços nela descritos.



ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia do presente Acórdão, à representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, com posterior arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de outubro de 2008.

Edson Simões
Presidente.

Antonio Carlos Caruso
Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de representação formulada pela empresa D Flash Transportes Ltda. em face do Edital de Pregão n.º 008/SP-PE/2008, cujo objeto é a contratação de prestação de serviços de transporte com veículos, com e sem motorista, incluindo combustível, manutenção, com quilometragem livre.

Apontou exigências editalícias que, a seu ver, fulminariam o ato convocatório, quais sejam:

– ilegal contratação em período com vedação expressa na Lei de Responsabilidade Fiscal;

– ilegal fixação de quantitativos mínimos em atestados;
– exigência de cobertura por seguro total;

– ilegalidade quanto a não atribuição de efeito suspensivo aos recursos;

– ausência de valor estimado da contratação/comprovação de capital mínimo;

– exigência de pesquisa fonética;



– ilegalidade de exigência de vínculo empregatício entre a entidade licitante e seus prestadores de serviços (contratação pelo regime celetista);

– invasão na esfera particular do licitante (abastecimento dos veículos por meio de cartão-convênio);

– ilegal utilização da garantia contratual para pagamento de multas aplicadas à contratada.

Determinei "ad cautelam" a suspensão do certame, por despacho de fl. 77, sendo, após, os autos encaminhados aos setores técnicos do Tribunal para manifestação.

Concluiu a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, no que concerne ao pedido vestibular:

– PROCEDENTE no que tange aos itens que se referem à exigência de cobertura de seguro total, tendo em vista estarem em desacordo com os ditames da Portaria 52/SMG/2006; atribuição de efeito suspensivo aos recursos; e exigência de utilização de um sistema de cartão-convênio para abastecimento dos veículos.

– PARCIALMENTE PROCEDENTE quanto ao item 2.5 – Ausência de valor estimado/comprovação de capital mínimo.

– IMPROCEDENTE quanto aos itens: contratação em período com vedação expressa na Lei de Responsabilidade Fiscal; fixação de quantitativos mínimos em atestados; utilização da garantia contratual para pagamento das multas; exigência de vínculo empregatício entre o licitante e seus prestadores de serviços.

Estas duas últimas exigências SFC entendeu corretas pelo fato de estarem em consonância com a mencionada Portaria 52/SMG/2006.

A AJCE manifestou-se às fls. 232/242, propugnando pela procedência em parte da representação.

Divergiu de alguns posicionamentos de SFC, como segue.

Entendera a Coordenadoria III que a exigência de cobertura por seguro total (itens 1.2.3 e 2.16 do anexo II e item 1.2.3 do anexo VI) estaria em desacordo com os parâmetros fornecidos pela Portaria da Secretaria Municipal de Gestão e, portanto, procedente pela impugnação feita pela representante.



Contrariamente argumentou o Senhor Assessor que a mencionada Portaria se refere à cobertura de qualquer evento lesivo e, sendo assim, não há motivo para se estabelecer distinções entre o seguro de veículos com ou sem motorista. Propôs, a respeito, nova redação dos itens editalícios dispondo a mesma regra para veículos com e sem motorista.

Discordou, ainda, no que tange ao posicionamento relativo à questão do valor estimado da contratação para o fim de comprovação do capital mínimo (item 11.9.6), entendendo que, por se tratar de Pregão, o estabelecimento de valor mínimo do capital social só pode estar embasado na própria proposta do licitante (não da proposta vencedora resultante da rodada de lances, conforme proposto por SFC).

Isto porque, alegou, com a redução dos preços, após as rodadas de lances, haveria o risco de se contratar quem poderia não dispor de condições de participação do certame.

No mais, concordou com a Subsecretaria de Fiscalização e Controle.

A Senhora Assessora Subchefe de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral, diante da circunstância da Origem ter-se comprometido a alterar os itens editalícios impugnados, entenderam que o exame da representação restara prejudicado, autorizando-se a continuidade do certame, após os necessários ajustes.

Não obstante, o Órgão Fazendário, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral não se deram conta de que houve pendências entre os técnicos do Tribunal (Coordenadoria III e Assessoria Jurídica) sobre as quais não emitiram opiniões, limitando-se a propor o julgamento da prejudicialidade da representação e a continuidade do certame.

Vindo os autos ao meu Gabinete minha Assessoria efetuou uma análise abrangente do edital e, sendo assim, de meu voto constará minha inteligência, não só sobre os pontos debatidos, como sobre outros não questionados nos autos.

É o relatório. (2.399ª S. O.)

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, recebo a presente representação.

Passo ao exame do seu mérito.



Entendo-a IMPROCEDENTE no que diz respeito aos seguintes pontos:

- a) Da ilegal contratação em período com vedação expressa na lei de responsabilidade fiscal.

Consoante expôs a Coordenadoria III, não houve descumprimento da lei de responsabilidade fiscal, tendo em vista que os recursos para pagamento no presente exercício estão devidamente reservados e o restante está previsto no Orçamento Programa de 2.009.

- b) Da fixação de quantitativos mínimos em atestados, além de erro, consistente na divergência entre o valor apresentado na forma numeral e o apresentado por extenso.

A imposição de quantitativos mínimos como requisito de qualificação técnica é vedada apenas para a comprovação de aptidão técnico-operacional.

Ademais, houve evidente equívoco no que tange à citação na forma numeral e o apresentado por extenso, o qual, de resto, já havia sido corrigido por publicação no Diário Oficial.

- c) Da exigência de cobertura por seguro total.

A exigência atende ao interesse público.

Não obstante, a cláusula editalícia deverá ser revista no sentido de não serem estabelecidas distinções entre o seguro dos veículos com ou sem motoristas.

A cobertura deverá abranger todo e qualquer evento lesivo, devendo ser enfatizada a circunstância de que a franquia será de responsabilidade da contratada.

No mais julgo-a PROCEDENTE nas questões que se seguem.

Da ilegalidade quanto à não atribuição de efeito suspensivo aos recursos.

Não há suporte legal para tal disposição, posto que se aplica, no caso, a Lei Federal 8.666/93, que atribui efeito suspensivo aos apelos contra habilitação ou inhabilitação e julgamento da proposta.

Da ausência de valor estimado da contratação/comprovação de capital mínimo.



Razão assiste à representante uma vez que a Lei Federal 8.666/93, ao admitir a exigência de capital mínimo ou de patrimônio mínimo, determina que não poderá exceder 10% do valor estimado da contratação.

Cabe-me, neste passo, a respeito desse assunto, fazer algumas ponderações.

A qualificação econômico-financeira corresponde à disponibilidade de recursos econômico-financeiros para a satisfatória execução da contratação.

É imposição constitucional, consubstanciada no inciso XXI do art. 37, ao cuidar do processo licitatório, que somente se permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A qualificação econômico-financeira, portanto, deve ser apurada em função de cada caso concreto, devendo ser concernente ao vulto das despesas e dos investimentos.

Relativamente à questão dos autos, exigência de comprovação de patrimônio líquido, há que se salientar que esse reclamo é uma faculdade do Administrador Público, não uma imposição da lei licitatória.

Destarte, a exigência deverá ser demonstrada no processo administrativo (fase interna da licitação), justificando, assim a sua utilidade, em face dos riscos da Administração.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 402.711/SP, julgado em 16.06.2002, reputou válido edital que deixou de exigir comprovação de todos os incisos do art. 31, entre os quais se inclui o ora discutido (art. 31, § 2º e 3º).

Da ilegalidade da exigência de vínculo empregatício pela CLT, bem como do constante no item 6.5 do edital, pelo qual se obriga a contratada a cumprir os deveres trabalhistas que possuir.

O edital chega à minúcia de exigir que a contratada comprove cumprimento de seus deveres trabalhistas para o fim de recebimento do pagamento que lhe é devido, após regular execução dos serviços.

Sem dúvida é uma descabida ingerência nos assuntos das empresas licitantes, posto que não há na legislação nada que lhe dê suporte.

Possui, sem dúvida, caráter restritivo, sendo ademais, requisito impertinente ao objeto da licitação.



Cabe, neste passo, lembrar, uma vez mais, os preceitos constitucionais, na medida em que são permitidas exigências de qualificação técnica e econômica 'indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações'.

Das exigências indevidas para o pagamento dos serviços prestados, constantes da cláusula 8ª do edital e da cláusula 4ª da minuta do contrato.

Após as medições dos trabalhos efetuados, a contratada, para se remunerar pelos serviços, de resto atestados como bons pelo fiscal do ajuste, terá que apresentar, entre outros itens, para comprovar o cumprimento de seus deveres trabalhistas:

- a) Comprovante de pagamento dos empregados ou cooperados (como se os cooperados fossem empregados da cooperativa);
- b) Relação dos trabalhadores constantes no arquivo SEFIP;
- c) Guias de recolhimento de GFIP e GPS;
- d) Recibo de conectividade social;
- e) Pesquisa fonética em nome da contratada junto à Justiça Trabalhista de primeiro e segundo grau, e, estando o Município de São Paulo no pólo passivo, certidão de objeto e pé atualizada das ações existentes;
- f) Comprovante de pagamento dos motoristas e folha de pagamento dos empregados entregue pela contratada no arquivo SFIP.

Não há embasamento na legislação para tal imposição, sendo certo, ademais, que a prestadora de serviços não está obrigada, por lei, a comprovar perante a contratante a regularidade dos seus procedimentos trabalhistas.

Ora, ao fazer tais exigências para liberar os pagamentos, em especial os que se relacionam com questões trabalhistas, provavelmente a Administração deve ter em mente retê-los para o fim de se precaver de alguma hipotética ação.

Entretanto, repise-se, não há embasamento para a retenção do crédito da contratada, posto que não se encaixa a hipótese na regra do art. 80, IV, da Lei 8.666/93, isto porque, no caso, não há nenhum crédito da Administração que se contraponha ao da contratada.



A propósito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 633.432, publicado no DJ, Seção 1, de 20 de junho de 2005, em ementa nos seguintes termos:

“ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que 'a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido na lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios', e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93.

2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina.

3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelos serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços.

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A Administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível



de ataque inclusive através de mandado de segurança.' (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549).

Recurso especial a que se nega provimento.”

E, mais recentemente, em Recurso em Mandado de Segurança nº 24.953/CE, DJ, Seção 1, 17 de março de 2008, nos seguintes termos:

“5. Pode a Administração rescindir contrato em razão do descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor.

Todavia, a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei 8.666/93, ofende o princípio da legalidade insculpido na Carta Magna.”

Há que se ter em mente que a Administração tem de ser precavida numa eventual rescisão unilateral do ajuste por questões trabalhistas, uma vez que não se está tratando de débitos de natureza previdenciária, nem tributária, sujeitando-se, assim, a indenizações por quebra do vínculo contratual.

Da ilegalidade de retenção do levantamento da caução.

As garantias, como o próprio nome diz, se prestam 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 pelo contratado.

Sua retenção, daí por diante é ilegal e 'obriga a Administração a restituí-la com os respectivos acréscimos moratórios' (ensinamento de Hely Lopes Meireles em 'Licitação e Contrato Administrativo', pag. 198, 12ª edição).

56: Também é o que prescreve a Lei 8.666/93, no § 4º do art.

“a garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.”

Admite esse mesmo diploma legal tão somente o desconto da multa, após regular processo administrativo (art. 86, § 2º).



Veja-se quão arbitrária é a disposição tanto do edital quanto do contrato, assim redigida:

“Para requerer o levantamento da caução, a Contratada deverá apresentar o seguinte documento:

10.3.1 – Pesquisa fonética em nome da contratada, junto a Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus e, em havendo ações em curso contra a contratada, e estando o Município de São Paulo no pólo passivo da ação, a empresa deverá apresentar certidão de objeto e pé atualizada das ações existentes;

10.3.1.1 caso a Administração Pública Municipal figure no pólo passivo de alguma ação trabalhista, esta se reserva o direito a reter a fiança até final decisão da Justiça Trabalhista, nos termos de outras medidas cabíveis para seu completo ressarcimento. “

Ou seja, impõe-se a não liberação da quantia, pelo simples fato da Municipalidade figurar no pólo passivo, sem que se saiba, se, de fato, arcará com o ônus de uma condenação, isto porque, não se pode esquecer que a Súmula do TST dispõe que a Administração Pública é subsidiariamente responsável e que deverá constar do título executivo judicial.

Mais arbitrária ainda é a cláusula 10.6:

“Por ocasião do encerramento do contrato, o que restar da garantia da execução do contrato e seus reforços serão liberados após a liquidação das multas aplicadas, ou após a dedução de eventual valor de condenação da contratada, nos termos do item 10.3 deste contrato.”

Ou seja, ao arrepio do previsto no mencionado § 2º do art. 86 da Lei 8.666/93, a contratante, neste caso, a Subprefeitura da Penha, agirá por sua conta própria, sem levar em consideração o que pode estar ocorrendo na ação trabalhista, na qual, figurando a Municipalidade no pólo passivo, sem dúvida estará sendo defendida pela Procuradoria Geral do Município.

Retendo a garantia, em caso não previsto em lei, de certo o Erário municipal terá que arcar com os ônus de sua mora.

Estas as razões de meu voto pela PROCEDÊNCIA, EM PARTE, da Representação.

Expeça-se determinação à Origem para que refaça o edital, escoimando-o dos vícios apontados.



Após as providências regimentais, arquivem-se os autos.

**DECLARAÇÃO DE VOTO APRESENTADA PELO
CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA**

Considerando que alguns dos questionamentos presentes na Representação em julgamento encontram guarida na Portaria 52/06 da Secretaria Municipal de Gestão, que definiu parâmetros para a contratação de serviços de transporte, vigilância e segurança patrimonial e limpeza, determino, na qualidade de Relator da referida Secretaria, a instauração de processo apartado para examinar o conteúdo integral da portaria citada, tendo em vista que a mesma é ato administrativo em sentido amplo e tem como conteúdo a fixação de diretrizes para a elaboração de editais-padrão para a contratação dos serviços nela descritos.