TC nº 72-001.723.08-75

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços de vigilância e segurança. Suspensão certame. Exigências restritivas. Ilegalidade. Art. 37, XXI, CF. Art. 27, Lei 8.666/93. CONHECIDA. PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.408ª 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 conhecer da representação interposta pela empresa Albatroz Segurança e Vigilância Ltda., por presentes os pressupostos legais de admissibilidade previstos pelo artigo 113 da Lei Federal 8.666/93 e pelo artigo 55 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la procedente, tendo em vista que as seguintes exigências contidas no edital, apontadas na representação, extrapolaram os limites necessários para a comprovação da capacidade das licitantes, previstos pelo artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e pelo artigo 27 da Lei Federal 8.666/93:

a) certificação do atestado de desempenho anterior pelo sindicato das empresas de segurança e vigilância (subitem 11.11.3 do edital) – por ter afrontado também o artigo 8º da Constituição Federal, que expressamente afasta a obrigatoriedade de filiação sindical;

b) certidões negativas de débito salarial, infração e ilícito trabalhista (item 11.16) – por não haver respaldo na legislação licitatória, constituindo descabida ingerência nos assuntos das empresas licitantes, de indubitável caráter restritivo;

c) comprovante de inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (item 11.21);

d) recibos de Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – Caged (subitem 11.21.1 e item 11.22).

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em constatar a presença das seguintes impropriedades no edital, não abordadas na representação:

1) não-atribuição de efeito suspensivo aos recursos (item 13.5) – visto que se aplica, no caso, a Lei Federal 8.666/93, que atribui efeito suspensivo aos apelos contra habilitação ou inabilitação e julgamento da proposta;

2) retenção do levantamento da caução prestada (item 7.3, subitens 7.3.1 e 7.3.1.1, e item 7.6) – por contrariar o § 4º do artigo 56 da Lei Federal 8.666/93;

3) imposição da modalidade de garantia (item 14.4) – por contrariar o artigo 56, § 1º, da Lei Federal 8.666/93, o qual faculta à contratada a eleição de uma das opções ali nomeadas;

4) exigência de declaração firmada por médico técnico de segurança do trabalho, responsabilizando-se pelo cumprimento das normas relativas à saúde e segurança do trabalho (item 11.15), e de certidão de registro da empresa no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho – Sesmet (item 11.27) – por não terem previsão legal, serem abusivas e de caráter totalmente restritivo.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal da Saúde – SMS que refaça o edital, escoimando-o dos vícios apontados.

ACORDAM, ainda, 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 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

Em julgamento a Representação interposta pela empresa ALBATROZ SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA., em face do Pregão Presencial nº 20/2008, que tem por objeto a contratação de serviços de vigilância e segurança patrimonial e vigilância eletrônica.

Insurge-se a representante em relação às exigências do instrumento convocatório:

a) definição do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância como entidade profissional competente para certificação de capacidade técnica (subitem 11.11.3)

b) Certidões Negativas de Débito Salarial, Infração e Ilícitos Trabalhistas (item 11.16)

c) comprovante de inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (item 11.21)

d) recibos do cadastro geral de Empregados e Desempregados – CAGED (subitens 11.21.1 e 11.22).

Determinei, "ad cautelam", a suspensão do certame, e após, os autos foram encaminhados para os órgãos técnicos do Tribunal.

A Coordenadoria IV avaliou a representação através de minucioso relatório, acostado às fls. 257/263, concluindo por sua procedência, por considerar ilegais as exigências apontadas, propondo a exclusão das mesmas.

A seguir, manifestou-se a Assessoria Jurídica, às fls. 265/272, que opinou pelo recebimento da representação, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

No que tange ao mérito, endossou a conclusão de procedência da representação exarada pelos auditores.

Por sua vez, a Procuradoria da Fazenda Municipal contrariou as conclusões precedentes, ao argumento de que as exigências editalícias visaram à preservação da qualidade final da contratação e o atendimento ao interesse público, pugnando por sua improcedência.

Instada a manifestar-se, a Secretaria Geral opinou igualmente pelo conhecimento da representação e quanto ao mérito, considerou que as exigências impugnadas afrontam as determinações estatuídas pelo artigo 37,

inciso XXI, da Constituição Federal e ao artigo 27 da Lei Federal 8.666/93, concluindo por sua procedência.

Os autos retornaram a este Gabinete, e os meus Assessores efetuaram uma análise abrangente do edital impugnado, destacando a ocorrência de outras impropriedades, que também serão abordadas em meu voto.

É o relatório.

VOTO

Conheço da representação formulada pela empresa ALBATROZ SEGURANÇA E VIGILÂNCIA LTDA., porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade previstos pelo art. 113 da Lei 8.666/93 e art. 55 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

Passo a analisar seu mérito.

Como bem ponderado pelos órgãos técnicos do Tribunal, as exigências contidas no instrumento convocatório declinadas nesta representação extrapolam os limites necessários para a comprovação da capacidade dos licitantes, previstos pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal e pelo artigo 27 da Lei Federal Licitatória 8.666/93.

Outrossim, a exigência de certificação do atestado de desempenho anterior pelo Sindicato das Empresas de Segurança e Cursos de Formação do Estado, afronta o artigo oitavo da Constituição Federal que, expressamente, afasta a obrigatoriedade de filiação sindical.

Quanto à exigência de Certidão Negativa de Salários, Infrações e Ilícitos Trabalhistas, não há respaldo na legislação licitatória, constituindo-se descabida ingerência nos assuntos das empresas licitantes, de indubitável caráter restritivo.

Sobre o tema a Douta Secretaria Geral trouxe à colação julgado recente da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, que determinou a abstenção dessas exigências em procedimentos licitatórios.

Igualmente abusivo é exigir a inscrição dos licitantes no Programa de Alimentação do Trabalho – PAT, por falta de amparo legal, matéria já decidida pelo E. TCU e ventilada pela Auditoria, à fl. 262.

Despida de amparo legal a imposição de apresentação de recibos de Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, revelando-se exigência restritiva à participação no certame.

Embora não tenham sido abordadas nesta representação, há no edital atacado outras impropriedades, também constatadas e avaliadas pela minha Assessoria no TC 1.644.08-09, que teve por objeto a contratação de serviços de transporte com veículos e sem motoristas, sobre as quais já me posicionei, e ora aproveito.

Da ilegalidade quanto à não-atribuição de efeito suspensivo aos recursos (item 13.5).

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 inabilitação e julgamento da proposta.

Da retenção do levantamento da caução prestada (item 7.3).

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'*, pág. 198, 12ª edição).

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

'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:

'7.3 – Para requerer o levantamento da caução, a Contratada deverá apresentar o seguinte documento:

7.3.1 – 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;

7.3.1.1 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 7.6:

'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 7.3 deste contrato'.

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

Mas não é só. Ainda no tocante à garantia a ser prestada pela contratada, confira-se o item 14.4:

'Deverá ser prestada garantia para contratar no valor de 5% (cinco inteiro por cento) do valor total do contrato que ***será prestada mediante depósito no Tesouro Nacional'*** *(grifei).*

A imposição da modalidade de garantia é ilegal, porque contraria o disposto pelo § 1º, do artigo 56, da Lei 8.666/93, o qual faculta à contratada a eleição de uma das opções ali nomeadas, quais sejam:

'I – Caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;
II – seguro-garantia
III – fiança bancária.'

Destarte, não pode o ato convocatório impor uma garantia apenas, mediante o depósito no Tesouro.

Por fim, vale frisar a ilegalidade das exigências contidas no item 11, subitens 15 e 27, respectivamente, Declaração firmada por Médico Técnico de Segurança do Trabalho, responsabilizando-se pelo cumprimento das normas relativas à saúde e segurança do trabalho, e, de certidão de registro da

empresa no SESMET – Serviço Especializado de Segurança e Medicina do Trabalho, ambas sem previsão legal, abusivas e de caráter restritivo.

Por essas razões, voto pela PROCEDÊNCIA 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.