JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.019.02-26

2º JULGADO

RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o Contrato, com aplicação de advertência. CONHECIDO. Votação unânime. NEGADO PROVIMENTO. Votação por maioria.
2.337ª Sessão Ordinária
Transitado em julgado em: 09.11.2007.

1º JULGADO

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SMS. Concorrência ACOLHIDA. Ausência de CND. INSS. Contrato IRREGULAR. Votação unânime. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. ADVERTÊNCIA. Votação por maioria.

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

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 do recurso, considerando o atendimento a todos os pressupostos de admissibilidade arrolados no artigo 140 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, outrossim, por maioria, no mérito, nos termos da declaração de voto apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, bem como pelos votos dos Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, em negar provimento ao recurso, mantendo, em sua integridade, o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos, uma vez que o requerente, em sua peça recursal, limitou-se a relatar a situação e a reprisar argumentos que já haviam sido considerados quando da prolação da decisão.

Vencido, quanto ao mérito, o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que, consoante relatório e voto apresentados, deu provimento ao recurso

examinado, para o fim de acolher o Contrato 035/2002-SMS e anular a pena aplicada, exarando, ainda, determinação para o arquivamento do processo após as providências de praxe.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de agosto de 2007.

Antonio Carlos Caruso
Presidente.

Roberto Braguim
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pelo Sr. Paulo Carrara de Castro contra o V. Acórdão que julgou irregular o Contrato 35/2002, por ausência de comprovação da regularidade da contratada com a Previdência Social, e que, em virtude dessa falha, aplicou pena de advertência ao ordenador da despesa.

Alega o recorrente que, embora o documento que comprovasse a regularidade previdenciária da contratada não tenha sido juntado ao processo administrativo, durante a instrução processual restou inequivocamente caracterizada a referida regularidade, inclusive com apresentação de certidão positiva de débito com efeitos de negativa, válida à época da contratação. Acrescenta, ainda, inexistir conduta desidiosa, pelo fato de a situação fiscal da contratada ter sido consultada junto ao sistema SEO, que informava a inexistência de qualquer impedimento.

Em análise do recurso, a AJCE opinou pelo conhecimento e não-provimento do mesmo, por entender que as alegações deduzidas não são suficientes para afastar a irregularidade que ensejou a aplicação da penalidade ao recorrente.

Devidamente provocada a se manifestar sobre a existência de certidão negativa de débito previdenciário à época da contratação, a Auditoria reiterou a manifestação anterior, afirmando a regularidade da contratação

diante da inequívoca existência de certidão positiva de débito com efeitos de negativa, quando da celebração do ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, apoiada nos elementos constantes nos autos e, especialmente, na manifestação da Auditoria, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para o fim de reformar a decisão recorrida, julgando-se regular o contrato e tornando insubsistente a pena aplicada.

A Secretaria Geral, acolhendo as razões recursais, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, considerando o atendimento a todos os pressupostos de admissibilidade arrolados no artigo 140 do Regimento Interno deste Tribunal.

No mérito, entendo que as razões recursais foram aptas a comprovar a regularidade previdenciária da contratada à época da contratação. Diante disso, ainda que se afirme a existência de falha, consubstanciada no fato de a Origem não ter exigido a apresentação de documento que comprovasse a regularidade, a mesma restou caracterizada por outro meio, não remanescendo motivo para a manutenção da decisão que julgou irregular o contrato e aplicou sanção ao ordenador de despesa.

Comprovada a regularidade fiscal da contratada à época da contratação, impõe-se, a meu ver, a reforma do julgado, para se considerar regular o contrato. Da mesma forma, torna-se inadequada a imposição de penalidade ao responsável, já que desproporcional à conduta praticada.

Assim, considerando a inequívoca comprovação da regularidade fiscal da contratada, inclusive quanto ao aspecto previdenciário, à época da celebração do ajuste, somada à inexistência de prejuízo ao Município e de indícios de má-fé ou dolo, dou provimento ao recurso interposto, para reformar o V. Acórdão e acolher o Contrato 35/2002, bem como anular a penalidade aplicada.

Determino o arquivamento do processo, após as providências de praxe.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

Como bem ponderou a AJCE, o requerente, em sua peça recursal, limitou-se a relatar situação e a reprisar argumentos que já haviam sido considerados quando da prolação do V. Acórdão ora recorrido.

Assim, considerando que nenhum fato novo foi aduzido, conheço do recurso, mas, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo, em sua integralidade, o V. Acórdão recorrido.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.231ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos, a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão votaram os Conselheiros Roberto Braguim – Relator, Edson Simões – Revisor, Eurípedes Sales e Maurício Faria.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher a Concorrência 061/2001 e, entretanto, julgar irregular o Contrato 35/2002, pois o mesmo foi formalizado sem que tivesse sido apresentada a Certidão Negativa de Débito Previdenciário em vigor, nos termos do artigo 195, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim – Relator e Maurício Faria, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea “a”, do Regimento Interno desta Corte, em aceitar os efeitos financeiros produzidos pelo referido ajuste, em face do tempo já transcorrido e da ausência de má-fé e prejuízo ao Erário.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, considerando a irregularidade apontada, em aplicar a pena de advertência ao responsável pela formalização do termo de contrato, com fundamento no artigo 52, inciso I, da Lei Municipal 9.167/80, e no artigo 86, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Vencidos, em parte, os Conselheiros Edson Simões – Revisor, consoante voto apresentado em separado, e Eurípedes Sales, que não aceitaram os efeitos financeiros do referido contrato, bem assim aplicaram a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais) ao ordenador da despesa, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, em face das impropriedades apontadas.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda “ad hoc” Joel Tessitore.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 9 de novembro de 2005.

Antonio Carlos Caruso
Presidente, com voto.

Roberto Braguim
Relator.

RELATÓRIO

Examinam-se nos presentes autos o procedimento licitatório na modalidade Concorrência Pública, de nº 061/2001, bem como o Termo Contratual nº 035/2002, dela decorrente, ajustado entre a Secretaria Municipal da Saúde e Suporte Serviços de Segurança Ltda., tendo por objeto a contratação de serviços de vigilância para Unidades da Secretaria, no valor de R$ 3.133.921,56 (três milhões, cento e trinta e três mil novecentos e vinte e um reais e cinqüenta e seis centavos).

A Divisão Técnica IV considerou regular o procedimento licitatório, entendendo, porém, irregular o contrato, em razão de a contratada não possuir, na data da assinatura, a Certidão Negativa de Débitos – CND válida, afrontando, assim, o § 3º do artigo 195 da Constituição Federal.

De sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou o entendimento da auditoria, acrescentando que deveriam constar do contrato os preços unitários referentes ao valor do homem/hora e do monitoramento à distância, uma vez que tais preços constaram apenas da proposta vencedora.

Em relação à licitação, suscitou dúvida referente aos atestados de capacidade técnica, em razão das inúmeras impugnações propostas durante o certame, pois, apesar de constar do edital que os atestados poderiam ser em qualquer quantidade, as empresas inabilitadas alegaram que a Secretaria não admitiu o somatório dos mesmos.

A DT IV esclareceu, em seqüência, que os recursos contra a decisão da Comissão de Licitações foram, minuciosamente, analisados, resultando em despacho contra o qual não houve qualquer impugnação.

Aduziu, ainda, que em pesquisa realizada via internet, a empresa contratada contava com CND válida, na data de 29/05/03.

A Assessoria Jurídica, entendendo não solucionada a questão relativa aos atestados, sugeriu a intimação da Origem para o exercício do direito de defesa.

Em resposta, a Secretaria fez juntar ao processo a CND de fls. 2.170, que comprova a regularidade da contratada perante a Previdência Social; igualmente, anexou cópias de manifestações da Comissão Permanente de Licitações, relativas aos recursos interpostos pelas licitantes e o correspondente despacho do Senhor Secretário.

A Assessoria Jurídica entendeu que a resposta não enfrentou o problema dos atestados, uma vez que, segundo a Origem, o edital não permitiu o seu somatório, em razão da complexidade do objeto licitado, tendo os mesmos sido examinados individualmente.

Reafirmou a Assessoria que o edital – item 8.2.1 – admitia atestados e em qualquer quantidade, de acordo, aliás, com o disposto no artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Ademais, entendeu que não tratou de objeto cuja complexidade admitiria não fosse considerado o somatório dos atestados.

Concluiu, por isso, que houve restrição da competitividade, mas, em razão do tempo decorrido e da temeridade da interrupção do contrato, propôs o seu acolhimento, com recomendação à Origem para que aceite o somatório dos atestados nas licitações, visando a preservar o caráter competitivo dos certames.

No tocante à CND, sugeriu nova manifestação da auditoria, em razão da apresentação da certidão pela Origem.

A DT IV anotou que o documento trazido aos autos atesta a regularidade da empresa na data da lavratura do ajuste, apontando, porém, que o CNPJ dele constante difere do mencionado no contrato e na nota de empenho.

Esclareceu, contudo, que, na consulta à internet, efetuada quando do exame do contrato – e anexada às fls. 2.190 – o nº do CNPJ coincidiu com o constante da CND, entendendo, por isso, que o documento diz respeito à matriz, enquanto que a certidão trazida pela Origem – fls. 2.170 – se refere à filial.

Todavia, considerando que no corpo da certidão apresentada à Origem pela contratada – fls. 2.170 – consta que a mesma é válida para todos os estabelecimentos da empresa, matriz e filiais, entendeu restar comprovada a sua regularidade perante a Previdência Social e opinou, agora, pela regularidade do ajuste.

No que é pertinente aos atestados de capacidade técnica, propôs recomendação à Origem acerca de tais documentos e pugnou pelo acolhimento do certame e do contrato.

A SFC, a AJCE, a PFM e a SG propuseram, igualmente, a acolhida dos instrumentos.

É o relatório.

VOTO

Como se depreende do relatado, duas questões foram cuidadosamente debatidas nos autos: uma, relativa ao procedimento licitatório, envolvendo a possibilidade do somatório dos atestados de capacidade técnica; outra, afeta à contratação em si, versando sobre a formalização do termo sem que tenha sido apresentada CND (Certidão Negativa de Débitos) válida.

É pertinente a discussão sobre a possibilidade de somar-se os atestados de capacidade técnica.

Marçal Justen Filho, de maneira concisa e singela, que sempre lhe é inerente, esposa que a solução à questão deve ser dada caso a caso. Eis as palavras do eminente jurista:

> *'A qualificação técnico-operacional consiste na execução anterior de objeto similar àquele licitado. Ora, isso significa que a identidade do objeto licitado é que determina a possibilidade ou não do somatório. Dá-se um exemplo: uma ponte de mil metros de extensão não é igual a duas pontes de quinhentos metros. Muitas vezes, a complexidade do objeto licitado deriva de certa dimensão quantitativa. Nesses casos, não terá cabimento o somatório de contratações anteriores. Já haverá outros casos em que a questão não reside numa contratação única, mas na experiência de executar certos quantitativos, ainda que em oportunidades sucessivas. Enfim, a solução deverá ser encontrada a partir da natureza do objeto licitado'.* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª Edição, pág. 339).

Ou seja, a matéria não comporta uma postura dogmática do operador do direito: o deslinde deve se dar observando-se as características específicas de cada licitação, algumas admitindo o somatório e outras não.

Pelas características do objeto licitado, não só as relativas à complexidade dos serviços, mas também em face de suas dimensões, a Origem

entendeu que não seria o caso de admitir a soma dos atestados, não prevendo em Edital tal hipótese.

Impugnada a peça editalícia sobre esse aspecto, a Origem manteve o dispositivo em face das razões apresentadas pela Comissão de Licitações, que aduziu, sucintamente, que a restrição ao somatório objetivou, exclusivamente, ante as características e magnitude do objeto do certame, uma contratação eficaz e que atendesse aos interesses da Administração, evitando *'a falta de sucesso da futura contratação'* (pág. 148).

Aponte-se que a manutenção do dispositivo não implicou restrição à participação no certame, uma vez que foram apresentadas quinze propostas, tendo sido habilitadas sete empresas e declarada vencedora, dentre elas, a que ofertou o menor preço, compatível com os valores pesquisados no mercado, cujo quadro-resumo encontra-se à fl. 53.

Entendo, assim, que o certame possa ser acolhido.

Acerca da contratação, o tratamento da questão é mais simples.

A Constituição Federal, no parágrafo 3º do artigo 195, estabelece que a pessoa jurídica em débito com o Sistema de Seguridade Social não poderá contratar com o Poder Público.

Ora, o contrato em exame foi formalizado sem que tivesse sido apresentada Certidão Negativa de Débito Previdenciário em vigor, pois aquela, apresentada para fins licitatórios, vigeu até 15 de outubro de 2001 (fls. 1.486/1.487), enquanto que o ajuste foi formalizado em 06 de maio de 2002.

Desse modo, em que pese a Origem ter apresentado posteriormente CND válida, relativa à contratada, quando da contratação não havia a comprovação de ausência de débito para com a Previdência Social.

O lapso da Administração, neste caso, não pode ser entendido como meramente procedimental, pois envolveu matéria que extrapola supostos formalismos, pois seu conteúdo é de natureza constitucional, não se podendo admitir descuido do Administrador no que concerne a esse assunto, não restando outra alternativa a não ser repelir a contratação.

Desse modo, resumindo meu posicionamento, acolho a Concorrência nº 061/2001 e julgo irregular o Contrato nº 32/2002, aceitando, contudo, os efeitos financeiros por ele produzidos, em face do tempo já transcorrido e da ausência de má-fé e prejuízo ao Erário.

Por fim, em função da falha mencionada, aplico penalidade de advertência ao responsável pela formalização do termo **(2.231ª S.O.)**.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Edson Simões

JULGO REGULAR a Concorrência número 61/01 e NÃO ACOLHO o CONTRATO número 35/02, deixando de aceitar seus efeitos financeiros.

Aplico, ainda, a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais) ao Ordenador da Despesa, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80, tendo em vista as impropriedades apontadas **(2.231ª S.O.)**.

VOTO DE DESEMPATE proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

Os I. Conselheiros, à unanimidade, julgaram regular a Concorrência 61/2001, porém, irregular o contrato dela derivado, de nº 35/2002.

Divergiram no tocante aos efeitos financeiros produzidos pelo instrumento contratual e na apenação do responsável pelo ajuste, advindo, daí, duas correntes.

A formada pelos Nobres Conselheiros Roberto Braguim, Relator, e Maurício Faria aceitou os efeitos financeiros e aplicou pena de advertência. Em contrapartida, a constituída pelos I. Conselheiros Edson Simões, Revisor, e Eurípedes Sales não aceitou os efeitos financeiros e apenou o responsável com multa no valor de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais).

Avocado o processo, nos termos regimentais, passo a proferir voto de desempate.

Filio-me à corrente dos Nobres Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria e, em face das razões contidas no voto do I. Relator, aceito os efeitos financeiros produzidos pelo contrato, com aplicação da pena de advertência ao responsável por sua lavratura.