JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.057.08-00

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços de vigilância. Suspensão da licitação. Alteração do edital. Exigências de habilitação e qualificação técnica excessivas. Arts. 56, § 4º; 86, § 2º e 80, IV, Lei 8.666/93. Art. 8º, V, CF. IRREGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

REF. ESPECIAL: TC citado: 72.001.723.08-75

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Antonio Carlos Caruso.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Antonio Carlos Caruso - Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales - Revisor, consoante notas taquigráficas insertas nos autos, e Maurício Faria, nos termos de seu voto apresentado em separado, em julgar irregular o edital de licitação na modalidade Pregão Presencial 32/2008, tendo em vista as seguintes irregularidades, que se afiguraram como formalidades demasiadas, incongruentes com a legislação e princípios regentes da matéria, assim como com o objeto tencionado:

1) retenção do levantamento da caução prestada (item 7.3, subitens 7.3.1 e 7.3.1.1, e item 7.6) - uma vez que 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 o § 4º do artigo 56 da Lei Federal 8.666/93, sendo sua retenção, daí por diante, ilegal;

2) exigências referentes a deveres trabalhistas (subitens 8.1.1.4, 8.1.1.5 e 8.1.1.7, e item 8.6 do edital; e cláusula 5ª, subitens 5.3.9.4, 5.3.9.5 e 5.3.9.6, da minuta do contrato) - não há embasamento na legislação para a apresentação da documentação referida, sendo certo que a prestadora de serviço não está obrigada, por lei, a comprovar perante a contratante a regularidade dos seus procedimentos trabalhistas;

3) exigência de certidão de registro da empresa no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT (subitem 11.12.7) - por ser desprovida de previsão legal, tornando-se abusiva e de caráter restritivo;

4) exigência de certidões negativas de débito salarial, infração e ilícito trabalhista (subitem 11.12.10) - por não encontrar guarida na

legislação licitatória, constituindo descabida ingerência nos assuntos das empresas licitantes, de indubitável caráter limitativo;

5) exigência de registro da empresa no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de São Paulo - Crea/SP (subitem 11.12.11) - por não ser pertinente a exigência de que as licitantes sediadas em outros estados, diversos do local da licitação, apresentem o visto da entidade profissional local na fase licitatória, devendo isso ser feito por ocasião da contratação;

6) falta de uma consignação no sentido de que o responsável técnico da licitante deverá assumir a responsabilidade técnica pela execução dos serviços licitados - torna-se necessária essa consignação, modificando-se a redação do subitem 11.12.11.1;

7) exigência de certidões de regularidade para com as obrigações sindicais (subitem 11.12.12) - por ter afrontado o artigo 8º, inciso V, da Constituição Federal, que expressamente afasta a obrigatoriedade de filiação sindical;

8) 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.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso - Relator e Eurípedes Sales - Revisor, em julgar irregular o subitem 11.10.4.3, o qual deverá ser retirado do edital, por ser descabida a alternatividade franqueada pelo dispositivo, razão pela qual a redação do subitem 11.10.4.2 deverá ser modificada retirando-se a menção ao subitem 11.10.4.3. Vencido, neste particular, o Conselheiro Maurício Faria, que, nos termos de seu voto apresentado em separado, julgou regulares os subitens 11.10.4.2 e 11.10.4.3.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, considerando as irregularidades que patentemente revestiram as exigências editalícias, em determinar o envio de ofício à Secretaria Municipal da Saúde - SMS (Coordenadoria Regional de Saúde Centro-Oeste) para que promova a adequação do edital, escoimando-o dos vícios apontados.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o encaminhamento dos presentes autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte, para acompanhamento dos atos da SMS.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales - Revisor e Maurício Faria.

Ausente o Conselheiro Roberto Braguim, em representação da Corte.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda “ad hoc” Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de dezembro de 2008.

Edson Simões – Presidente.

Antonio Carlos Caruso - Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de procedimento fiscalizatório instaurado com a finalidade de verificar a regularidade das cláusulas constantes do edital de Pregão Presencial nº 32/2008, certame deflagrado objetivando a contratação de serviços de vigilância para 11 (onze) unidades de saúde pertencentes às Supervisões de Saúde do Butantã e de Pinheiros - Coordenadoria Regional de Saúde Centro-Oeste.

Em atendimento ao despacho exarado às fls. pela então Conselheira Substituta, a Coordenadoria IV, após criteriosa análise, elaborou o Relatório de Acompanhamento de Edital, concluindo às fls. 96 vº, pela necessidade de adequação dos seguintes aspectos constantes do instrumento convocatório examinado, quais sejam:

a) 'alterar o subitem 9.2 para constar como embasamento legal o Decreto Municipal nº 49.511/2008, tendo em vista que este dispositivo revogou a Orientação Normativa 1-PREF.G de 10/08/2007';

b) 'retirar a observação relativa ao sindicato representativo da categoria profissional constante no subitem 9.14';

c) 'alterar o subitem 10.11.1 do Edital (fl. 32), que cuida dos procedimentos específicos relativos às microempresas e empresas de pequeno porte, para constar como embasamento legal o Decreto Municipal nº 49.511/2008, tendo em vista que este dispositivo revogou a Orientação Normativa 1-PREF de 10/08/2007';

d) 'retirar o subitem 13.5 e modificar a redação do subitem 13.1 para: Os recursos terão efeito suspensivo e seu acolhimento importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento';

e) 'retirar o subitem 11.10.4.3 e modificar o subitem 11.10.4.2 para constar a seguinte redação: Será considerada inabilitada a empresa que não obtiver índices de liquidez corrente, liquidez geral e solvência geral maiores ou igual a 1,00 conforme Anexo XII';

f) 'modificar a redação do subitem 11.12.11 para exigir a certidão de registro da empresa no CREA, sem exigir na fase da licitação o vínculo com a jurisdição de São Paulo e os comprovantes de quitação das anuidades do CREA';

g) 'modificar o subitem 11.12.11.1 para constar a seguinte redação: Indicação do responsável técnico da licitante, profissional de nível superior, reconhecido pelo CREA, designado para assumir a responsabilidade técnica dos serviços de instalação do Sistema Eletrônico de Monitoramento e Vigilância, acompanhado do seu currículo e ART para a execução dos serviços de características semelhantes ao objeto licitado';

h) 'retirar o subitem 11.12.10 relativo à Certidão Negativa de Débito Salarial, Infração e Ilícito Trabalhista';

i) 'retirar o subitem 11.12.12 relativo à comprovação de regularidade sindical junto ao Sindicato de Classe Patronal'.

Sobre os apontamentos da área auditora, a Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou as conclusões da especializada, por entender, igualmente, que o Edital necessita ser adequado à legislação pertinente, excetuadas as sugestões de alteração de redação consignadas nos itens "d", "e", "f" e "g", porquanto o teor de tais modificações estaria adstrito à decisão administrativa da Origem.

Frente ao resultado das análises produzidas pelos órgãos técnicos, foi determinada a suspensão, "ad cautelam" do procedimento licitatório, além do encaminhamento a esta Corte de Contas das justificativas e esclarecimentos pertinentes.

Não obstante, a Origem quedou-se inerte, seguindo os autos ao Órgão Fazendário, que acabou por requerer o acolhimento do Edital, ainda que mediante a relevação ou convalidação das impropriedades formais apontadas.

A Secretaria Geral, acompanhando a mesma diretriz focalizada no parecer exarado pela AJCE, entendeu que o instrumento convocatório deve ser retificado de modo a possibilitar o prosseguimento do certame.

É o relatório.

VOTO

Considerando os vários aspectos envolvidos na análise produzida pelos órgãos técnicos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e Secretaria Geral, passo a abordá-los de forma pontual.

Da retenção do levantamento da caução prestada (subitem 7.3)

Sobre este tema, o meu posicionamento, já expressado nos autos do TC nº 1.723.08-75, não se perfilha ao deduzido pelos preopinantes, senão vejamos.

As garantias, como o próprio nome diz, prestam-se a assegurar a execução contratual e, após o cumprimento do contrato, ou seja, com a entrega e recebimento efetivo de seu objeto, deverão ser liberadas pelo contratado.

Nessa senda, sua retenção daí por diante torna-se ilegal e *"obriga a Administração a restituí-la com os respectivos acréscimos moratórios"* (lição de Hely Lopes Meirelles, in "Licitação e Contrato Administrativo", pág. 225, 14ª edição, Malheiros Editores).

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

> *'A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato, e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.'*

Esse mesmo diploma legal admite tão somente o desconto da multa após regular processo administrativo (artigo 86, § 2º).

Veja-se quão arbitrária é a disposição tanto do ato convocatório quanto da minuta 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 empresa 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;*
> *7.3.3.1 - Caso a Administração Pública Municipal figure no pólo passivo de alguma ação trabalhista, esta se reserva o direito de reter a fiança até final decisão da Justiça Trabalhista, nos termos da Súmula nº 331 do TST, sem prejuízo 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 atrás referida dispõe que a Administração Pública é subsidiariamente responsável e que deverá constar do título executivo judicial.

Mais arbitrária ainda revela-se a Cláusula 7.6:

'7.6 - Por ocasião do encerramento do contrato, o que restar da garantia da execução do contrato e seus reforços serão liberados ou restituídos após a liquidação das multas aplicadas, ou após a dedução de eventual valor da contratada, nos termos do item 7.3 deste Edital.'

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

Condições de Pagamento - Deveres Trabalhistas (subitens 8.1.1.4, 8.1.1.5, 8.1.1.7 e 8.6 do edital e cláusula 5ª; subitens 5.3.9.4, 5.3.9.5 e 5.3.9.6 da minuta do contrato)

Não há embasamento na legislação para impor a apresentação da documentação referida, sendo certo que a prestadora de serviços não está obrigada, por lei, a comprovar perante a contratante a regularidade de seus procedimentos trabalhistas.

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 ação.

Entretanto, não há respaldo para a retenção do crédito da contratada, posto que não se coaduna a hipótese na regra do art. 80, inciso IV, da Lei 8.666/93, isto porque, no caso, não haveria nenhum crédito da Administração para se contrapor ao da contratada.

Confira-se, a propósito, decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 633.432 (publicado no DJ, Seção I, de 20 de junho de 2005) e no recurso em Mandado de Segurança do STJ, MS nº 24.953-CE, 2ª Turma (publicado no DJ de 17/03/08).

Qualificação Econômico-Financeira - Índices de Liquidez (subitem 11.10.4.2 e 11.10.4.3)

O subitem 11.10.4.3 deve ser retirado do edital uma vez que, consoante expôs a Assessoria Jurídica de Controle Externo, *'é descabida a alternatividade franqueada pelo dispositivo'.*

Por essa razão a redação do subitem 11.10.4.2deverá ser modificada, retirando-se a menção ao subitem 11.10.4.3.

Qualificação Técnica - Certidão de Registro no Serviço Especializado em Engenharia de Segurança em Medicina do Trabalho - SESMT (subitem 11.12.7)

Entendo ilegal a exigência contida no subitem 11.12.7 quanto à apresentação de certidão de registro da empresa no Serviço Especializado de Engenharia de Segurança e Medicina de Trabalho - SESMT, na medida em que desprovida de previsão legal, o que a torna abusiva e de caráter restritivo. Tanto assim, que o TCU já decidiu - notadamente quanto ao tema Segurança e Medicina do Trabalho -, que a documentação atrás referida não está contemplada na Lei nº 8.666/93 (Acórdão nº 597/2007), Ementa anotada por Marçal Justen Filho, in *'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos'*, pág. 431, 12ª edição, editora Dialética.

No tocante à exigência de Certidão Negativa de Débito Salarial, Infração e Ilícito Trabalhista - subitem 11.12.10 - unânimes os posicionamentos dos técnicos do Tribunal, P.F.M. e S.G. quanto ao seu caráter restritivo, exigência que, também para mim, não encontra guarida na legislação licitatória, afigurando-se descabida a ingerência nos assuntos das empresas licitantes, de indubitável caráter limitativo.

Sobre a exigência quanto ao registro da empresa no CREA/SP – subitem 11.12.11 -, alinho-me ao posicionamento expressado pela Coordenadoria IV, às fls. 91 vº e 92, por entender, igualmente, não ser pertinente a exigência de que os licitantes sediados em outros estados, diversos do local da licitação, apresentem o visto da entidade profissional local na fase licitatória, devendo ser feito por ocasião da contratação, momento em que a empresa receberá o visto da entidade local, quando estará se comprometendo efetivamente para, então, realizar as atividades fiscalizadas e abarcadas pela jurisdição local. Invocou, assim, a especializada, Jurisprudência do TCU sobre o tema - Acórdão 992/2007 - Primeira Câmara: *'9.2.1. abstenha-se de exigir o visto do CREA do local de realização das licitações de empresas interessadas em participar de licitações, uma vez que está assentado na jurisprudência desta Corte de Contas que tal visto somente deve ser exigido quando da contratação da vencedora do certame'* TCU-TC nº 011.423/96-0: *'Qualificação técnica. Entidade profissional competente. Visto de registro profissional por Conselho de outro Estado. Exigência aplicável somente ao vencedor da licitação'*.

E, no tangente à exigência consignada no subitem 11.12.11.1, entendo, também, que a regra se impõe, dada à necessidade da empresa licitante ter em seus quadros, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior com capacitação técnica adequada, que lhe permita assumir a responsabilidade pela execução dos serviços pretendidos.

<u>Indicação do Sindicato Representativo da Categoria Profissional (subitem 11.12.12)</u>

O Edital exige como documento comprobatório relativo à Qualificação Técnica:

'11.12.12 - Certidões de regularidade para com as obrigações sindicais (artigo 607 da CLT), emitida pelo

Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escolta e Cursos de Formação do Estado de São Paulo - SESVESP e Sindicato dos Empregados em empresas de Vigilância, Segurança e Similares do Estado de São Paulo - SEEVISSP, representante da atividade compreendida pelo objeto desta licitação'.

Alinho-me à conclusão esposada pelos órgãos técnicos e pela Secretaria Geral, por entender que tornar obrigatória a demonstração de filiação sindical é exigência que não encontra amparo legal, afrontando, inclusive, o comando do Texto Constitucional - artigo 8º, inciso V.

Da ilegalidade quanto à não atribuição de efeito suspensivo aos recursos (subitem 13.5)

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

No contexto ora retratado, as exigências atrás referidas afiguraram-se como formalidades demasiadas, incongruentes com a legislação e princípios regentes da matéria, bem como com o objeto tencionado, afastando-se, portanto, da pretensão do legislador, que é assegurar a qualificação do eventual licitante e do futuro contratado, vinculando-os à Administração de forma legítima.

Nessa vertente, as normas e condições expressadas no ato convocatório devem ser suficientes e guardar razoabilidade com o objeto almejado, sob pena de comprometer o processo competitivo, além de inviabilizar, em última análise, o gerenciamento do futuro ajuste, com excessivas exigências como as ora retratadas.

Considerando as irregularidades que patentemente revestiram as exigências editalícias, determino a expedição de ofício à Origem para que promova a adequação do Edital, escoimando-o dos vícios apontados.

Após as providências supramencionadas, encaminhem-se os autos à Subsecretaria de Fiscalização e Controle para acompanhamento dos atos da Origem.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Acompanho o relator no que diz respeito aos itens 7.3, 9.2, 9.14 e 10.11.1.

No item 13.5, acompanho o Relator no sentido da sua irregularidade, em razão do inciso XXI do artigo 4º da Lei Federal Nº 10.520/2002 - aplicável subsidiariamente aos pregões por força do artigo 20 da Lei Nº 13.278/2002 - que assim dispõe:

> *'Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.'*

Filio-me assim à doutrina que infere da dicção do supracitado dispositivo legal, o entendimento de que, ao assim dispor, determinou a lei que somente poderá ser feita a adjudicação após julgado o recurso, o que nos leva a concluir com Marçal Justen Filho que *'ao contrário do que se lê no inciso XVIII do art. 11 do regulamento federal, o recurso tem efeito suspensivo'* **(nota 1)**, uma vez que, de fato, o artigo 4º, XXI, citado torna inócua esta regra do Decreto Federal nº 3555/00 que não atribui efeito suspensivo à decisão do pregoeiro.

Já no que toca aos itens 11.10.4.2 e 11.10.4.3 relativos à QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA dos licitantes, permito-me discordar do RELATOR pelas seguintes razões:

O Edital não exige, cumulativamente, o capital social ou patrimônio líquido mínimos e a garantia contratual. O capital social mínimo é exigido, exclusivamente, na hipótese de os licitantes não alcançarem os índices contábeis estabelecidos no seu subitem 11.10.4.2.

Desta forma, não se pode concluir pela restritividade dos dispositivos, mas, ao contrário, privilegiam estes o princípio da competitividade, à medida que permitem àqueles, cujos índices apresentados sejam insuficientes, uma forma alternativa de comprovar a sua qualificação econômico-financeira.

Ainda, cumpre ressaltar que restou mantida a regra da alternatividade entre as exigências de capital social ou patrimônio líquido mínimos e as garantias de execução contratual, previstas no § 1º do artigo 56 da Lei Federal nº 8.666/93, já que as primeiras são solicitadas não a título de exigência para habilitação, mas, como acima afirmado, como uma alternativa aos licitantes.

Quanto ao item 8.1.1, relativo aos documentos a serem exigidos por ocasião dos pagamentos efetuados, JULGO-O IRREGULAR, em razão da excessividade das exigências constantes, uma vez que, em se tratando de matéria relativa à execução contratual, o artigo 55, XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, já determina *'a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação'*, o que, em tese, permite à Administração exigir, periodicamente, dos contratados a comprovação de cumprimento de tais obrigações naquilo que se referir ao objeto contratado, não se

afigurando possível, em face dos preceitos constitucionais e legais regentes da matéria, levar tal permissivo a efeito de forma a cumular exigências, tal como feito no edital em comento, caracterizando-as como excessivas e desproporcionais.

Nesse diapasão, razoável seria exigir, somente em fase de execução contratual, apresentação de folha de pagamento dos empregados e respectivos comprovantes de recolhimento, desde que relativos tão-somente ao contrato avençado.

Cumpre, ainda, ressaltar que, em face dos mesmos preceitos supracitados, afigura-se ilícita eventual retenção de pagamentos pela Administração, em razão da não-apresentação pela contratada dos documentos exigidos no subitem do edital ora atacado, o que poderia ensejar, eventualmente, rescisão contratual.

Nota:

(1) Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico), 4ª Ed., São Paulo, Dialética, 2005, p. 158.