JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.197.09-50

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SMPP. Serviços de transporte. Cooperativas em licitação. Art. 34, Lei Federal 11.488/07, art. 3º, II, e arts. 44 e 45 da Lei Complementar 123/06, Dec. 49.511/08. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

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 Relator, em conhecer da representação interposta, por preenchidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, conforme estabelecidos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, também, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente, tendo em vista que restou evidenciado nos autos que o ato convocatório foi elaborado em perfeita consonância com a legislação do Município de São Paulo, pertinente à matéria.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em recomendar à Secretaria Municipal de Participação e Parceria – SMPP que, nos próximos editais, abstenha-se do uso de redação ambígua ou imprecisa, a exemplo do quanto consta no subitem 8.10.10. do ato analisado.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de cópia do V. Acórdão à representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte e ao Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos, atendendo ao solicitado à fl. 144.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o arquivamento dos autos.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 30 de setembro de 2009.

Roberto Braguim – Presidente.

Antonio Carlos Caruso – Relator.

RELATÓRIO

Analisam os autos em epígrafe os termos da Representação interposta pela empresa AUTOPLAN Locação de Veículos Ltda., em face do Pregão Presencial n° 11/SMPP/2009, promovido pela Secretaria Municipal de Participação e Parceria do Município de São Paulo, objetivando a contratação de empresa especializada em prestação de serviços de transporte com motorista, combustível e quilometragem livre, para atender as necessidades dos Conselhos Tutelares do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Argumenta a representante que o instrumento convocatório encontra-se eivado de vícios insanáveis, pelas seguintes razões:

1 - Estende incorretamente às cooperativas de trabalho os benefícios previstos na Lei Complementar n° 123/06, que estabelece regras especiais de participação em procedimentos licitatórios para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, dentre elas as de habilitação com condição de futura regularização e de empate ficto, conforme se lê nos itens respectivos.

2 - O termo inicial previsto para o prazo de apresentação da documentação de regularidade fiscal escoimada de qualquer vício diverge daquele previsto no art. 43, § 1°, da Lei Complementar n° 123/06, resultando em prazo mais elastério ao arrepio da lei.

3 - A multa prevista no item 13.3 a ser aplicada à licitante que der causa a tumultos durante a sessão pública ou ao retardamento dos trabalhos é nula de pleno direito.

4 - A comprovação de patrimônio líquido mínimo integralizado correspondente a 10% (dez por cento) do valor total da proposta para qualificação econômico-financeira viola o disposto em lei, que prevê a aplicação deste percentual sobre o valor estimado da contratação.

5 - A exigência de índice de liquidez corrente maior ou igual a 1,00 para a qualificação econômico-financeira contraria o usualmente utilizado pelo mercado e não evidencia a boa situação financeira da licitante.

6 - Por fim, o edital permite a supressão de documentos pertinentes à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira caso tenham sido apresentados por ocasião do credenciamento.

Considerando os termos da Representação esta Relatoria determinou *"ad cautelam"* a suspensão do certame.

Em sua análise, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela procedência da Representação apenas com relação a alegação de ilegalidade da exigência de comprovação de patrimônio líquido mínimo integralizado correspondente a 10% do valor total da proposta.

Quanto aos demais itens manifestou-se pela sua improcedência, pois o ato convocatório encontra-se em perfeita harmonia com o Decreto Municipal n° 49.511/08, que estendeu o tratamento diferenciado estabelecido nos artigos 44 e 45 da Lei Complementar n° 123/06, às cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no art. 3°, inciso II, da referida lei.

Por seu turno, a Assessoria Jurídica de Controle Externo salientou que na modalidade pregão a divulgação do valor estimado da contratação não é necessária. Sendo assim, o parâmetro cabível para aferição da capacidade econômico-financeira da licitante passa a ser o valor da proposta, que corresponderia ao da contratação, caso não houvesse lances ou negociação no preço final.

Endossando os demais termos conclusivos de AUD, a especializada opinou, ao final, pela improcedência da presente Representação.

Diante das manifestações favoráveis dos Órgãos Técnicos e especializados desta Corte, autorizei o prosseguimento do certame.

A D. Procuradoria da Fazenda Municipal pronunciou-se pela improcedência da Representação, com o posterior arquivamento dos autos.

Neste mesmo sentido, opinou a Secretaria Geral.

É o relatório.

VOTO

Conheço da presente representação, posto que foram devidamente preenchidos todos os requisitos para a sua admissibilidade, conforme estabelecidos no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

No que tange ao mérito, a principal celeuma cinge-se ao tratamento jurídico diferenciado, concessivo de benefícios específicos para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, nos termos dos arts. 44 e 45, da Lei Complementar nº 123/06, que teriam sido estendidos indevidamente às Cooperativas.

O enfrentamento da questão teria outro viés, não fosse a edição da Lei Federal n° 11.488/07 que, em seu art. 34, assim prescreveu:

> *'Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do "caput" do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar'.*

Diante de tal dicção legal e considerando a conclusão alcançada pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria n° 1452/08-PREF. no tocante à extensão do tratamento diferenciado estabelecido nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, o Decreto n° 49.511/08, regulamentador da matéria no Município de São Paulo, sofreu alteração e, acompanhando o entendimento da Lei Federal nº 11.488/07, equiparou as Cooperativas às Empresas de Pequeno Porte para efeito de participação em procedimentos licitatórios, conforme prescreve o art. 13-A, *"in verbis":*

> *'Art. 13-A. aplica-se o disposto neste Decreto também às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do "caput" do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006'.*

Apesar dos questionamentos doutrinários que envolvem a edição de lei ordinária alterando o conteúdo da Lei Complementar nº 123/06, é imperioso esclarecer que a citada Lei Federal nº 11.488/07 ainda não sofreu nenhuma arguição judicial. Portanto, a norma regulamentar supramencionada encontra nela seu fundamento de validade e impõe-se, obrigatoriamente, a todos os entes municipais a ela submetidos.

Abrindo um parêntese, cumpre-me trazer ao conhecimento do Plenário que a Assessoria de meu gabinete efetuou pesquisa e constatou que em editais de níveis federal, estadual e municipal as normas da lei federal em apreço estão sendo observadas.

Sobre o subitem 8.10.10, razão assiste à licitante, pois em razão da falta de clareza e precisão da linguagem, pode a licitante, indevidamente, concluir que, se os documentos referentes à habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira forem apresentados no credenciamento poderão ser suprimidos.

Ora, é sabido por todos e o próprio edital deixa claro, que para o credenciamento não se exige documentos comprobatórios da qualificação técnica e econômico-financeira da licitante. Acresça-se o fato de estarmos diante da análise de um certame na modalidade Pregão Presencial, caracterizado pela inversão de fases, onde se aprecia a habilitação da licitante após a classificação das propostas.

Diante do exposto e, com fundamento nas análises feitas pelos Órgãos Técnicos desta Corte de Contas, notadamente no teor do parecer da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que adoto como razão de decidir, voto pela improcedência da presente Representação, tendo em vista que restou evidenciado nos autos que o ato convocatório foi elaborado em perfeita consonância com a legislação pertinente à matéria no Município de São Paulo.

Recomendo a Origem que nos próximos editais abstenha-se do uso de redação ambígua ou imprecisa, a exemplo do quanto consta no subitem 8.10.10. do ato analisado.

Encaminhem-se cópias à Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos, atendendo-se ao solicitado à fl. 144.

Após as medidas regimentais, arquivem-se os autos.