JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.002.380.07-85

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. CONTRATO. SUBPREFEITURA. Obras de conclusão de Viaduto. Guarulhos ao Terminal Fernão Dias. Falhas relevadas. CONHECIDA. REGULAR. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Transitado em julgado em: 09.09.2010.

2.507ª Sessão Ordinária

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Roberto Braguim.

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 procedimento licitatório Concorrência 01/SMSP/SP.MG/2006 e acolher o Contrato 01/SP.MG/GAB/2007.

ACORDAM, também, à unanimidade, em determinar à Subprefeitura Vila Maria/Vila Guilherme que se abstenha de exigir, nos certames a seu cargo, garantia de forma cumulativa como a tratada nos presentes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 11 de agosto de 2010.

Edson Simões – Presidente.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se da análise da Concorrência nº 01/SMSP/SP.MG/2006 e do Contrato nº 01/SP.MG/GAB/2007, dela decorrente, celebrado entre a Subprefeitura de Vila Maria/Vila Guilherme e Jofege Pavimentação e Construção Ltda., objetivando a execução de obras de conclusão do Viaduto e respectivas alças, que interligam o Município de Guarulhos ao Terminal Fernão Dias, sobre esta Rodovia, nos Municípios de São Paulo e Guarulhos, compreendendo a execução de serviços de remoção de entulho e outras interferências, terraplanagem, pavimentação asfáltica, drenagem de águas pluviais, conclusão de 03 (três) pontilhões sobre o Rio Cabuçu, adequações no viário, implantação de sinalização e complementação e adequação do Projeto, no valor de R$ 7.147.890,47 (sete milhões, cento e quarenta e sete mil, oitocentos e noventa reais e quarenta e sete centavos), com prazo de execução de 240 dias.

Referida obra decorre do Convênio TT-0108/2004-00, celebrado entre o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, do Ministério dos Transportes, e as Prefeituras Municipais de São Paulo e de Guarulhos, com a finalidade de formalizar os entendimentos mantidos entre as partes, no sentido de unirem seus esforços e recursos para a realização das obras e serviços rodoviários anteriormente apontados, de interesse recíproco, sob o regime de cooperação e delegação.

A Coordenadoria III, em relatório encartado sob fls. 508/516, concluiu pela regularidade dos procedimentos, ressalvando, na fase de Licitação, o que segue:

1) divergência entre o item 29.2 do Edital e o item 11.2 da Minuta do Contrato, em relação à apenação no caso de inadimplemento;

2) exigência cumulativa da comprovação de Capital Social ou Patrimônio Líquido (item 15.2.4), na ordem de 10% (dez porcento) do valor estimado da contratação, e o recolhimento de garantia de participação na Licitação de 1% (um porcento) daquele valor (item 15.2.5), ferindo a regra do artigo 31, parágrafo 2º, da Lei Federal nº 8.666/93;

3) ausência no Processo Administrativo correspondente da Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados ou Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido, conforme exigência do item 15.2.1.2 do Edital;

4) divergência acerca da data da interposição do Recurso da empresa Delta Construções Ltda.;

5) falta de reserva orçamentária anterior à abertura da Licitação, ressaltando, porém, que tal reserva foi efetivada antes da assinatura da avença.

Em relação à fase de contratação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apontou o não encaminhamento das informações nos termos das Instruções nº 01/02 – SERI.

Acolhendo proposta da Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Subprefeitura de Vila Maria/Vila Guilherme foi oficiada e, na resposta anexada às fls. 531/538, asseverou que acolheu e anotou as ressalvas apontadas, comprometendo-se a aplicar os preceitos legais atinentes à matéria, para não mais incorrer nas infringências detectadas. Informou, também, que o atraso no envio das informações via SERI decorreu de erro de interpretação na implantação do *'Módulo Contratação'* do sistema NOVOSEO.

Na sequência, a Assessoria Jurídica de Controle Externo, partindo das ressalvas apontadas pela Auditoria, considerou passível de relevação a divergência existente entre o Edital e a Minuta do Contrato, no que se refere à apenação, por inadimplemento. No tocante à exigência cumulativa da comprovação de Capital Social ou Patrimônio Líquido e o recolhimento da garantia de participação na Licitação, entendeu a referida Assessoria não haver ilegalidade em exigir-se um daqueles documentos com a garantia constante do item 15.2.5 do Edital, tendo em conta que a garantia prevista no § 2º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93 refere-se à execução contratual. Acrescentou, também, que a falta de juntada no P.A. da Demonstração de Lucros ou Prejuízos Acumulados ou a Demonstração das Mutações do Patrimônio Líquido da empresa, tal como previsto no § 5º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, e o não encaminhamento de informações via SERI constituem igualmente falhas formais, que admitem relevação. Opinou, finalmente, pelo acolhimento da Concorrência e do Contrato, sugerindo que a Contratante seja instada a observar com cautela a protocolização dos recursos a ela dirigidos.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, a seu turno, manifestou-se pelo acolhimento dos instrumentos, uma vez que as impropriedades formais, destituídas de dolo, culpa ou má-fé, não acarretaram prejuízo, merecendo, por conseguinte, ser relevadas, tendo sido acompanhada, nessa conclusão, pela Secretaria Geral.

É o relatório.

VOTO

De pronto deixo consignado meu louvor em relação à soma de esforços que se concretizou na celebração do Contrato examinado, resultante da participação da União e dos dois Municípios limítrofes, no encaminhamento do interesse público.

De outra parte, acolho as conclusões estampadas nos autos de que as imprecisões constatadas na fase da Licitação e posteriormente na Contratação, excluída a referente à comprovação da qualificação econômico-financeira, podem ser relevadas desde logo, em decorrência de sua natureza formal e da ausência de indícios de dolo, culpa, má-fé ou prejuízo.

Está a merecer reflexão mais profunda, no entanto, o tema sublinhado no parágrafo anterior, que pode ser reduzido ao exame da possibilidade de exigir-se a garantia, para qualificação econômico-financeira, cumulativamente com a obrigação de comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimos.

Nessa seara aponto, desde logo, que a questão não encontra solução pacífica no âmbito da Doutrina.

Com efeito, ao defender tal possibilidade, o ilustre Jessé Torres, ao lado de outros reconhecidos doutrinadores, assim leciona:

> *'Se o objeto da licitação for compra para entrega futura, obra ou serviço (excluem-se da provisão, portanto, compra para entrega imediata, alienação e locação), o ato convocatório poderá exigir (quer dizer, faculta-se à Administração incluir ou não a exigência) ou capital mínimo, ou patrimônio líquido mínimo, ou a garantia referida no inciso III.*
>
> *A alternatividade que a conjunção 'ou' sugere há de ser entendida em termos. Ordinariamente, as três exigências excluem-se reciprocamente, devendo o edital optar por uma delas. Todavia, tal interpretação tem gerado situação de confronto com o art. 37, XXI, da CF/88, se as características do objeto recomendarem que as possibilidades sejam cumuladas. Sobretudo à vista de que capital mínimo e patrimônio líquido mínimo não traduzem, necessariamente, crédito na praça, o que melhor resulta demonstrado pela capacidade de a empresa obter e oferecer as garantias previstas no art. 56.*
>
> *A interpretação restritiva bloquearia, então, contra a Constituição, a discricionariedade que esta defere à Administração para assegurar-se de que o concorrente conta com lastro econômico-financeiro à altura da empreitada. Assim, deve prevalecer interpretação que autorize o edital a cumular as exigências desse § 2º, desde que se enunciem e demonstrem os motivos que as justifiquem, no caso concreto'* ("in" 'Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública' – 6ª edição, págs. 377 e seguintes).

Em posição inversa, o não menos ilustre Professor Marçal Justen Filho, também circundado por preclaros mestres, apregoa a inconstitucionalidade do próprio inciso III do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, que prevê a possibilidade de exigência de garantia, nas hipóteses examinadas. Nesse quadrante, assim leciona:

> *'Em épocas passadas, era usual a Administração condicionar a habilitação ao depósito de valores ou ao caucionamento de bens. Isso acarretava indevida restrição à participação dos interessados. Consagrou-se, por isso, o princípio de que a habilitação não pode ser condicionada ao pagamento de valores ou cauções etc. O princípio foi alçado ao nível constitucional. A exigência de 'garantias' para participação na licitação é incompatível com o disposto no artigo 37, inc. XXI, da CF/88. Por isso, o inc. III do art. 31 é inconstitucional. Além do mais, não acrescenta qualquer vantagem ou benefício à Administração. Existe, ainda, evidente incompatibilidade entre o inc. III e o espírito da Lei, retratado no art. 32, § 5º'* ("in" 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' – 8ª edição, pág. 359).

No âmbito da Jurisprudência, o Tribunal de Contas da União tem decidido reiteradamente que a cumulação questionada restringe o caráter competitivo do Certame, devendo, portanto, ser afastada.

Confira-se a respeito o trecho do voto proferido pelo Ministro Humberto Guimarães Souto, condutor da Decisão nº 681/1998 – Plenário:

> *'Ora, além da Lei de Licitações e Contratos não fazer referência a prazo mínimo para integralização do capital social de empresa, a fim de se verificar sua saúde financeira como condição para participação na licitação, igualmente não admite a exigência simultânea de capital mínimo e de garantia, conforme estabelece o art. 31, § 2º, a seguir transcrito: '§ 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.' Verifica-se, portanto, que, ao facultar à Administração as exigências em questão (nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços), o legislador cuidou de fornecer alternativas e não o somatório das hipóteses que indicou. Não resta dúvida que, se assim o fez, foi para evitar que fossem efetuadas imposições demasiadas, que porventura ensejassem a inibição do caráter competitivo do certame. Trata-se, portanto, de exigência ilegal, pois não prevista na legislação, na forma como utilizada pela Seduc/MT,*

bem como restritiva à participação de possíveis interessados, contrariando, por isso, os princípios definidos no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.'

Não discrepam desse entendimento os Acórdãos 1039/2008 – 1ª Câmara, 2712/2008, 2640/2007, 2336/2006, todos do Plenário do TCU.

Bem de ver, portanto, que o tema não conduz à solução pacífica, cabendo-me, nesta oportunidade, após cuidadosa análise, e com as vênias costumeiras, postar-me ao lado daqueles que concebem a disposição do parágrafo 2º do artigo 31 da Lei de Licitações como alternativa, de modo a não restringir a ampla participação, na esteira, portanto, da Jurisprudência sistematizada do Tribunal de Contas da União.

Partindo dessa convicção, debrucei-me sobre os autos para constatar que, malgrado a cumulação indevida, ao Certame acorreram mais de 20 (vinte) interessadas, o que afasta presença de restritividade. Ademais, não há nos autos notícia de eventual impugnação do Edital, nesse aspecto.

Por essas razões e considerando, ainda, as manifestações integrantes dos autos, conheço da Concorrência nº 01/SMSP/SP.MG/2006 e Acolho o Contrato nº 01/SP.MG/GAB/2007, determinando, porém, que a Contratante abstenha-se de exigir nos certames a seu cargo garantia de forma cumulativa como a tratada no presente.