JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.441.07-78

ANÁLISE. EDITAL. PREGÃO. ATA DE RP. CONTRATO. PRODAM-SP. Serviços de digitação de dados alfanuméricos. Participação de cooperativas, vedação legal. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria. IRREGULARES. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TC 72.002.440.07-05.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados englobadamente com os TCs 1.765.08-15, 1.827.08-70 e 2.440.07-05, e discutidos estes autos, 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 julgar irregular o edital do procedimento licitatório na modalidade Pregão 3.002/06, bem como a Ata de Registro de Preços 07.07/06 e o Contrato CO-09.04/07, por sucedê-lo.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator e Antonio Carlos Caruso – Revisor, em aceitar os efeitos financeiros da contratação, em prestígio à estabilidade das relações jurídicas e diante da ausência de comprovação de prejuízo ao Erário.

Vencido, em parte, o Conselheiro Edson Simões, que, consoante voto apresentado em separado, não aceitou os efeitos financeiros, bem como aplicou, individualmente, aos signatários e responsáveis pelas irregularidades apontadas a multa de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais), com fundamento no artigo 86, inciso II, do Regimento Interno desta Corte e no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Edson Simões, nos termos do voto apresentado em separado, em considerar legal a vedação de participação de cooperativas expressa no edital.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que considerou irregular a não participação de cooperativas, por entender comprometida a justificativa oferecida pela Empresa de Tecnologia da Informação e

Comunicação do Município de São Paulo – Prodam-SP – S.A. de que a necessidade de sigilo para tratar das informações reclama um vínculo de sujeição hierárquica e de subordinação entre o digitador e seu empregador.

Participaram do julgamento os Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Edson Simões.

Ausente o Conselheiro Presidente Roberto Braguim, por motivo previamente justificado.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 17 de junho de 2009.

Eurípedes Sales – Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os TCs nºs 2.440.07-05 e 2.441.07-78 da análise do Pregão nº 03.002/06, da Ata de Registro de Preços nº 07.07/06 e dos contratos nºs 09.04/07 e 01.05/07 dela decorrentes, firmados pela PRODAM com a empresa Jotaerre Digitação e Serviços S/C Ltda., com vistas à prestação de serviços de digitação de dados alfanuméricos. Já os TCs nºs 1.765.08-15 e 1.827.08-70 tratam do acompanhamento do edital de Pregão nº 06.001/08, cujo objeto é o registro de preços para a prestação de serviços de digitação de documentos.

No âmbito do TC nº 2.441.07-78, que trata do Pregão realizado em 2006, da Ata e do Contrato dele decorrentes, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral concluíram pela irregularidade do certame, diante dos seguintes aspectos:

a. não constar do edital e do Termo de Referência planilha que expresse a composição de todos os custos unitários envolvidos (infringência ao art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8666/93);

b. Instrumento Convocatório, Termo de Referência e minuta do contrato são omissos quanto ao critério para contratação do segundo colocado (infringência ao inciso XII art. 4º da Lei Federal nº 10.520/02; ao art. 9º, IX, do Decreto Municipal nº 46.662/05; ao art. 35 e seu parágrafo único, do Decreto Municipal nº 44.279/03, e ao inciso IV § 2º art. 40 da Lei Federal nº 8.666/93);

c. exigência de qualificação técnica incompatível com o prazo e a quantidade contratada (infringência ao arts. 3º e 30, II, da Lei Federal nº 8.666/93);

d. formalização de registro de preços para serviços contínuos (infringência aos arts. 3º e 5º da Lei Municipal nº 13.278/02, combinado com art. 26 do Decreto Municipal nº 44.279/03);

e. afronta ao art. 5º, XII, da Constituição da República, e ao art. 198 do CTN, por expor o sigilo fiscal dos contribuintes.

Diante de tais circunstâncias, opinaram também pela irregularidade da ata e dos contratos decorrentes, questionando, paralelamente, a exposição do sigilo fiscal de contribuintes em face do conteúdo das informações a serem digitadas, questionamento esse que, inclusive, foi levantado por esta Relatoria no âmbito do TC nº 2.440.07-05.

Já no âmbito do TC nº 1.827.08-70, que trata da análise do Edital do Pregão realizado em 2008 e que detém similar descrição de serviços, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle também concluiu pela sua irregularidade, em função dos seguintes apontamentos:

a. inexistência de planilha de orçamento com a discriminação da composição dos custos unitários do objeto licitado (infringência ao art. 7º, § 2º, II, da Lei Federal nº 8.666/93);

b. terceirização da atividade-fim da empresa (infringência ao art. 37, II, da Constituição Federal, e ao art. 59 do Decreto Municipal nº 44.279/03);

c. subcontratação de atividades de digitação protegidas pelo sigilo de informações.

Por fim, no âmbito da Representação do TC nº 1.765.08-15, também interposta em face do Edital nº 06.001/08, foram aventadas outras duas supostas ilegalidades, consubstanciadas na vedação para participação de cooperativas e o não atendimento às condições especiais para participação de micro e pequenas empresas, conforme disposição da Lei Complementar nº 123/2006. Na ocasião, houve a suspensão "ad cautelam" do procedimento licitatório e a consequente intimação da Origem.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, no âmbito dos TCs nºs 2.440.07-05 e 2.441.07-78, concluiu pelas mesmas irregularidades apontadas pela Auditoria, já relatadas, acrescentando, ainda, a ausência de consulta ao CADIN e o agravamento da ausência de sigilo das informações diante da possibilidade de subcontratação de até 40% dos serviços, conforme expressa previsão contratual.

Em relação à Representação, a AJCE opinou pelo seu conhecimento e pela sua procedência, por considerar ilegal a vedação de participação de cooperativas, conforme precedentes deste Tribunal. A Subchefia, por sua vez, divergiu do entendimento exarado quanto ao estabelecimento das regras previstas para as micro e pequenas empresas, afirmando a desnecessidade de sua transcrição no corpo do edital, por serem normas autoaplicáveis.

Nos autos do TC nº 1.827.08-70, mediante indagação desta Relatoria, manifestou-se ainda a AJCE, além dos temas já tratados nos processos acima referidos, sobre os seguintes aspectos:

a. limitação a três atestados para comprovação de capacidade técnica: restrição que só poderia ser feita de forma excepcional e devidamente justificada, o que não ocorreu, sendo, portanto, ilegal;

b. ilegalidade da exigência de comprovação de sistema de contingenciamento, acarretando obrigações com terceiros para fins de habilitação: destacou a ausência de previsão de critérios objetivos para a aferição da efetiva existência do sistema;

c. imposição de sanções às empresas que não cumprirem os requisitos de habilitação: previsão que encontra esteio legal, devendo ser reservada apenas para as situações em que houver dolo ou má-fé dos proponentes;

d. possibilidade de exame da documentação apenas dos três primeiros licitantes, porque a sistemática definida pelo edital prevê a realização de nova etapa de lances verbais, na hipótese de inabilitação de todos os licitantes que ofertaram lances, respeitando-se a ordem de classificação, do menor valor para o maior;

e. possibilidade de subcontratação é incompatível com o registro de preço, eis que, se resta possível o registro de vários preços de acordo com a capacidade de fornecimento, não haveria justificativa razoável para subcontratar, alertando ainda que tal previsão potencializa os riscos já apontados acerca do perigo de quebra de sigilo.

A PRODAM enfrentou os diversos apontamentos, alguns até coincidentes nos certames de 2006 e 2008, manifestando-se da seguinte forma:

Em relação à composição de custos unitários, aduz que as regras do edital foram adequadas e suficientes à elaboração de planilha definida por milheiro de toques digitados.

Em relação ao segundo preço registrado, a abordagem lançada pela Origem circunscreve-se estritamente ao quanto apontado nos relatórios de auditoria, ou seja, posiciona a discussão no âmbito do critério para a contratação do segundo colocado e não, propriamente, no cabimento da medida. Nesse sentido,

afirma que a objetividade para a escolha restou assegurada, ao mesmo tempo em que inexistiu qualquer omissão nas regras de participação.

Em relação à qualificação técnica dos participantes em patamares acima do estimado para a prestação do serviço, justifica que tal iniciativa se funda na realidade do sistema de registro de preços, que indica os quantitativos de forma estimada e, não raras vezes, ultrapassa consideravelmente sua previsão inicial.

No que tange ao sigilo, alega que as regras definidas resguardam a necessária confidencialidade das informações privativas dos administrados, por não permitir a divulgação destes dados, mantendo-os em local seguro e com acesso limitado aos empregados credenciados que diretamente prestam o serviço pela contratada, a qual, por sua vez, se obriga a manter tal sigilo por força do próprio contrato.

Ademais, utiliza desses mesmos argumentos para justificar a sua compreensão de adequada restrição à participação das cooperativas, pois essa relação de pessoalidade e subordinação inexiste no modelo dos cooperados.

Ainda quanto às cooperativas, a PRODAM asseverou também que o objetivo do procedimento licitatório consiste na contratação de locação única e exclusiva de mão de obra para digitação, ensejando, por isso, comprovação de quitação das obrigações trabalhistas das contratadas, o que não se poderia exigir da cooperativa, configurando, com isso, risco de lesão aos cofres públicos.

Quanto à ausência de previsão no edital das condições especiais de participação previstas para as micro e pequenas empresas, alegou que tal extensão só se verifica se prevista no instrumento convocatório, o que não ocorre no caso.

Informou, ainda, que concordava com a retirada da exigência de, no máximo, três atestados e também com a reelaboração dos critérios de contingenciamento, nos termos sugeridos por esta Corte de Contas.

Ao final da instrução, exceção feita à questão das cooperativas e, também, acerca dos aspectos que a Origem concordou em alterar no edital de 2008, a Auditoria reiterou sua posição diante das irregularidades já apontadas. A AJCE somente reiterou a posição anteriormente defendida.

A Procuradoria da Fazenda Municipal defendeu a regularidade das ações empreendidas pela Origem.

A Secretaria Geral acompanhou as conclusões dos órgãos preopinantes em relação aos TCs nºs 2.440.07-05 e 2.441.07-78, opinando pela irregularidade do Pregão nº 03.002/06, da respectiva Ata de Registro de Preços

e dos contratos dela decorrentes. Quanto à Representação, opinou pelo seu conhecimento e pela sua parcial procedência, por considerar ilegal a omissão do edital acerca das normas prescritas pela Lei Complementar nº 123/2006, diante da obrigação imposta pelo artigo 2º do Decreto Municipal nº 49.511/08. Entendeu legal a vedação de participação de cooperativas na licitação, dada a necessidade de subordinação e pessoalidade dos empregados em relação à contratada, conforme salientado pela Origem. Destacou, ainda, a existência de acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União que impede a União de contratar trabalhadores por meio de cooperativas de mão de obra.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em juízo de prelibação, destaco, desde já, a identificação dos pressupostos de admissibilidade da Representação interposta.

Sendo assim, passo à análise englobada do mérito das várias questões suscitadas em meio à instrução dos feitos.

Dos quatro processos aqui tratados, restaram superadas, durante a instrução processual, as discussões em torno do critério de contingenciamento, a limitação à exigência de três atestados para qualificação técnica, a ausência de consulta ao CADIN e a possibilidade de terceirização dos serviços de digitação, conforme autorização disposta no Decreto Municipal nº 45.992/05, por não constituir o objeto atividade-fim da PRODAM. Necessário consignar, todavia, que esta última compreensão não vem em prejuízo da análise que adiante se apresentará, em torno da digitação específica de informações sigilosas.

Outro aspecto que não merece reparo, diz respeito à ausência de planilha de preços que expresse a composição de todos os custos unitários, uma vez que o Decreto Municipal nº 46.662/05 não exige que a planilha de preços seja sempre apresentada, conforme já decidido, à unanimidade, por este E. Tribunal Pleno, nos autos do TC nº 3.500.06-90, julgado em 05 de março de 2008.

Não obstante, em sentido contrário caminham os demais questionamentos lançados, cabendo tratar com mais vagar os pontos de maior relevância e que não encontram posição pacífica neste Tribunal.

Primeiramente, valho-me dos apontamentos das áreas técnicas desta Corte para corroborar a afirmação de irregularidade lançada em relação à omissão de critério para contratação de segundo colocado e à incompatibilidade de exigência de qualificação técnica.

Ademais, fazendo referência expressa às informações prestadas pela PRODAM, não se sustenta a simples justificativa de que o edital não

traz em si qualquer omissão para o critério de contratação do segundo colocado. Tampouco procede a tese de que a qualificação técnica dos participantes deve se pautar por patamares que se fundam na praxe de utilização das Atas de Registro de Preços em quantitativos 100% superiores à sua previsão original. Pela natureza do serviço a ser prestado, a capacitação econômico-financeira, especialmente quanto à capital de giro, deve permitir a rápida ampliação do número de digitadores, se necessário, não cabendo a exigência prévia de atestados com quantitativos pelo dobro da quantidade estimada.

Quanto à possibilidade de contratação da prestação de serviços de natureza contínua pelo sistema de registro de preços, e a consequente prorrogação do prazo contratual nos termos do art. 57, II, da Lei Federal nº 8.666/93, já foi essa afirmada, à unanimidade, pelo Tribunal Pleno desta Corte, quando do julgamento do TC nº 3.063.06-87, cujas razões invoco para a presente decisão.

Em relação à previsão de análise da documentação das três primeiras licitantes, considero-a ilegal, na medida em que a lei não faz tal ressalva.

Quanto às condições especiais de participação previstas para as micro e pequenas empresas, não se sustenta, de forma alguma, a alegação da PRODAM no sentido de que tal extensão só se verifica se, e quando, prevista no instrumento convocatório. A Lei Complementar nº 123/2006 consiste em norma jurídica que impõe tal tratamento, independentemente de expressa previsão no edital.

Alcançando as discussões acerca da possibilidade de participação de cooperativas, registro precedentes de julgamento dos TCs nºs 1.485.07-08 e 443.09-94, cuja posição deste Tribunal foi, à unanimidade, no sentido de permitir tal participação.

A particularidade que chama a atenção no caso presente reside na justificativa apresentada para a exclusão das cooperativas, ao argumento de que a necessidade de sigilo para tratar das informações reclama um vínculo de sujeição hierárquica e de subordinação entre o digitador e o seu empregador, relação essa inexistente entre os cooperados.

O ponto de partida é, portanto, o reconhecimento da necessidade de lidar com informações de conteúdo sigiloso, a ensejar, diante de eventuais falhas, a aplicação de medidas corretivas e sancionatórias.

Ora, não se pode conceber um modelo em que informações sigilosas de domínio exclusivo da Administração tenham como medida de contenção e segurança a simples gestão contratual rotineira, ainda que esta se realize de forma exemplar, utilizando adequadamente até mesmo as sanções contratuais previstas. O objeto de tutela presente, ou seja, a informação confidencial, demanda soluções de maior expressão no resguardo do interesse público traduzido no sigilo.

Aliás, esse mesmo reconhecimento de sigilo argumentado pela Origem nos remete ao derradeiro ponto de análise, mais precisamente a identificação dos serviços de digitação e a atividade-meio que se consubstanciam.

Como já dito anteriormente, não há maiores dificuldades em reconhecer no serviço de digitação uma atividade-meio da PRODAM e, por isso, reconhecer no sistema de registro de preços um meio adequado de contratação.

O problema surge, efetivamente, diante do reconhecimento da Origem em relação à confidencialidade dos dados digitados e, ao mesmo tempo, à inexistência de qualquer informação técnica de sistema que controle o acesso do digitador por chaves de segurança ou sistemáticas de fragmentação dessa informação.

Muito pelo contrário, podemos dizer que ao pressupor como suficiente a relação de emprego, afastando o cooperado da possibilidade de realização do serviço, assim o faz entendendo que a subordinação e a relação hierárquica do digitador em face de seu empregador serve de fundamento para assegurar, por si só, o tão propalado sigilo.

A questão está em se utilizar técnicas de sistema informatizado para controle do acesso e manipulação de informações sigilosas, como o fazem, por exemplo, os bancos, e não na relação de trabalho do digitador.

Agravando esse quadro, como muito bem observado pela AJCE, é manifesta a ilegalidade de previsão editalícia para permissão de subcontratação do serviço excedente em até 40% da média mensal estimada.

Pelo exposto, julgo irregulares o Pregão nº 03.002/06, a Ata de Registro de Preços nº 07.07/06 e os contratos nºs 09.04 e 01.05 de 2007, mas aceito os efeitos financeiros por eles produzidos, em prestígio à estabilidade das relações jurídicas e diante da ausência de comprovação de prejuízo ao erário. Conheço da Representação e a julgo parcialmente procedente, diante do comprometimento da justificativa para a vedação da participação de cooperativas. Por fim, julgo irregular o edital do Pregão nº 06.001/08 pelas razões aduzidas.

Oficie-se o Representante, dando ciência do julgamento.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Acompanho o Conselheiro Revisor, quanto à improcedência da representação, no que se refere ao impedimento de participação de cooperativas, considerando legal a vedação apresentada no Edital, no mais, acompanho o Conselheiro Relator nas demais irregularidades detectadas nos atos analisados.

Contudo, em face das irregularidades apontadas, com fundamento no artigo 86, inciso II, e seguintes, do Regimento Interno deste Tribunal e no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, aplico, individualmente, aos signatários e responsáveis pelas irregularidades apontadas nos Contratos CO 01.05/07 e C0.09.04/07, analisados respectivamente nos TCs 2.440.07-05 e 2.441.07-78, a multa de R$ 435,00 (quatrocentos e trinta e cinco reais).

Também, deixo de aceitar os efeitos financeiros por eles produzidos.