JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.591.04-48

ANÁLISE. CONCORRÊNCIA. ATA DE RP. CONTRATO. SMG. Serviços de locação de veículos. Precedente. REGULARES. Ata CONHECIDA. Votação por maioria.

TC citado: 72.005.501.03-80

2.599ª Sessão Ordinária

Trânsito em julgado: 01.03.2012

A C Ó R D Ã O

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, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem como pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor e YARA TACCONI, em julgar regulares a Concorrência 049/SEMAB-DAS/2003 e o Contrato 110/SEMAB-DAS/2004, assim como em conhecer da Ata de Registro de Preços 009/SEMAB-DAS/2004.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, que, nos termos de seu voto apresentado em separado, julgou irregulares os instrumentos, acolhendo, excepcionalmente, os efeitos financeiros produzidos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e YARA TACCONI.

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda MARIA HERMÍNIA PENTEADO PACHECO E SILVA MOCCIA.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 1º de fevereiro de 2012.

EDSON SIMÕES – Presidente.

ROBERTO BRAGUIM – Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se da análise do Procedimento Licitatório, realizado na modalidade de Concorrência sob n.º 049/SEMAB-DAS/2003, e do Contrato n.º 110/SEMAB-DAS/2004, dele decorrente, firmado entre a Secretaria Municipal de Abastecimento (atual Secretaria Municipal de Planejamento, Orçamento e Gestão) e Loccar Locadora de Veículos Ltda., objetivando a locação de 120 (cento e vinte) veículos tipo perua "Kombi" ou similar, com motorista, no valor de R$ 3.897.120,00 (três milhões, oitocentos e noventa e sete mil, cento e vinte reais).

A área auditora desta Corte de Contas opinou pela irregularidade da Licitação examinada, em função de infringência ao artigo 30, parágrafo 6º da Lei Federal n.º 8.666/93[1], por exigência de apresentação, na fase de habilitação, de certificados de propriedade de veículos. Considerou irregular também o Contrato referido, por suceder à citada licitação, e por sua lavratura extemporânea, em 09/03/2004, vez que retroagiu seus efeitos a 08/03/2004.

Após, houve a manifestação da área legal desta Casa que, em síntese, acompanhou o setor auditor, entendendo que o artigo 30, parágrafo 6º, da Lei Federal n.º 8.666/93 foi, de fato, ofendido e, assim, opinou pela irregularidade da Licitação e do Ajuste sob apreciação.

Em seguida, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle endossou as manifestações da Auditoria e da Assessoria Jurídica.

Diante disso, determinei a expedição de ofício para que a Pasta em tela apresentasse seus esclarecimentos sobre as falhas detectadas pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal.

Em decorrência, a então Secretaria Municipal de Abastecimento rebateu os pontos falhos apontados pelos técnicos desta Casa, alegando, em resumo, não ter havido a irregularidade mencionada, requerendo seja o Certame, ao final, julgado regular. Anexou, ainda, para fundamentar seu pedido, parte do julgamento do Mandado de Segurança n.º 19/97, pelo qual o Meritíssimo Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública se manifestou pela improcedência do mandamus, por considerar legítima a exigência editalícia questionada, como forma de resguardar o interesse maior da própria Administração e da coletividade.

Analisando a resposta da então Secretaria Municipal de Abastecimento, os Órgãos Técnicos deste Tribunal ratificaram suas manifestações, no sentido da irregularidade da Licitação e do Contrato.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu, por sua vez, que o Item 1.6.5 do Edital padece de ilegitimidade, comprometendo o acolhimento da Concorrência n.º 049/SEMAB-DAS/2003, porém, considerando o

[1] **Art. 30** - A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
-§ 6º - As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

tempo decorrido e as contratações já findas, que se originaram na Ata de Registro de Preços n.º 09/SEMAB-DAS/2004, sugeriu a Subchefe de Controle Externo, na mesma oportunidade, fossem reconhecidos os efeitos financeiros das mesmas, em consonância com o princípio da vedação do enriquecimento ilícito da Administração.

Em razão disso, determinei que os responsáveis pelas impropriedades constatadas fossem intimados para apresentação de defesa, de acordo com o disciplinado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988[2].

Os Senhores José Eduardo de Moraes Bourroul – Presidente da Comissão de Licitação - e Luiz Eduardo Pereira Barreto Filho - Chefe de Gabinete e ordenador da despesa - apresentaram suas defesas, alegando, em suma, que não houve falha alguma no procedimento adotado; que o princípio da supremacia do interesse público foi atendido; que a exigência impugnada visou a garantir a execução do objeto; que o instrumento convocatório não continha vícios; e, por fim, pediram que fossem declarados regulares a Licitação e Contrato.

Em novas manifestações, agora examinando as defesas mencionadas, as áreas auditora e jurídica ratificaram seus pareceres pela irregularidade da Licitação e do Contrato, propondo ainda esta última, novamente, o reconhecimento dos efeitos financeiros do ajuste, tendo em conta o tempo decorrido e as contratações já findas, todas originadas da Ata de Registro de Preços n.º 09/SEMAB-DAS/2004, que decorreu da Concorrência em exame.

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que a Licitação e o Contrato merecem ser acolhidos ou, ao menos, reconhecidos os efeitos financeiros e patrimoniais dos atos praticados, ante a inexistência da comprovação de qualquer forma de prejuízo ou dano ao Erário, e por não apresentarem indícios de dolo ou má-fé por parte dos Agentes Públicos responsáveis.

Finalizando, a Secretaria Geral, em síntese, opinou pela irregularidade dos atos “sub examine”, sugerindo fossem apuradas as responsabilidades devidas.

É o relatório.

VOTO

[2] **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Embora reconhecendo a consistência dos argumentos expendidos pelos Órgãos Técnicos deste Tribunal - Subsecretaria de Fiscalização e Controle, Assessoria Jurídica de Controle Externo – e pela Secretaria Geral, não estou convencido, "in casu", de que as exigências editalícias questionadas, insertas no subitem 1.6.5 do Edital – concernentes à apresentação de certificado de propriedade dos veículos, em número de 39 (trinta e nove) para as peruas tipo "Kombi" ou similar e de 03 (três) para veículos "Gol" ou similar, além de certificado de dedetização, desratização e vistoria sanitária de todos os veículos tipo "Kombi" ou similar – constituam cláusulas exorbitantes, a ponto de comprometer a higidez do Certame Licitatório em foco – Concorrência nº 049/SEMAB-DAS/2003.

Esclareço que a matéria em pauta já foi por mim examinada no TC nº 72.005.501.03-80, que versou sobre Representação interposta por munícipe, em face do mesmo Edital, na qual o representante impugnava, inclusive, o mesmo item editalício, alegando que causava restrição à competitividade do Certame.

A Representação então examinada foi considerada improcedente, em voto por mim proferido, que contou com o aval do Egrégio Plenário, em votação unânime.

Naquela oportunidade, deixei consignado que a contratação pretendida tinha por finalidade a locação de veículos – até 130 (cento e trinta), peruas tipo "Kombi" ou similar e até 10 (dez) veículos tipo "Gol" ou similar – a serem utilizados no transporte de gêneros alimentícios destinados à merenda escolar, de sorte que as exigências editalícias guerreadas, consistentes em apresentação de atestados de dedetização e desratização constituíam cautelas da Administração, para evitar que os produtos ficassem expostos a riscos de contaminação, se colocados em locais impróprios ou insalubres.

No que pertine à obrigatoriedade da apresentação de certificado de propriedade dos veículos, anoto que o número de documentos exigidos – referentes a 39 (trinta e nove) ou a 10 (dez) veículos, conforme o tipo – a meu ver não representa obrigação desnecessária ou inútil, a esbarrar na vedação contida no artigo 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93[3], até porque se refere a pequeno número de veículos , se comparado aos que deveriam ser contratados.

Trata-se, na verdade, de cautela da Administração, com o intuito de garantir a execução do Contrato, em setor tão importante para a sociedade, qual seja, a distribuição da merenda escolar, serviço essencial não passível de solução de continuidade.

---

[3] **§ 1º -** É vedado aos agentes públicos:
I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Por isso, entendo que a hipótese em pauta não se revela como agressão ao disposto no artigo 30, § 6º, do Estatuto Licitatório Federal, que, apesar de não se restringir somente às obras de engenharia, como alegado nas defesas apresentadas, não é abrangente de todas situações, a ponto de afastar totalmente a prova da posse ou propriedade dos veículos relacionados para a finalidade objetivada.

Vale trazer à colação, sobre o tema, a lição de Marçal Justen Filho, a respeito do dispositivo, assim redigida:

> *"O disposto não significa, porém, vedação a Cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por especificas pessoas. Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A invalidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal (...o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*)". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética. 2000, pág. 82).

Assim, penso que o caso em questão amolda-se perfeitamente aos ensinamentos mencionados, eis que se trata, na verdade, de restrição necessária para atender ao interesse público, ou seja, a cláusula questionada representa restrição compatível com o objeto da Licitação.

Por todo o exposto, reiterando meu posicionamento no TC nº 72.005.501.03-80, julgo regulares a Concorrência nº 049/SEMAB-DAS/2003 e o Contrato nº 110/SEMAB-DAS/2004 e conheço da Ata de Registro de Preços nº 009/SEMAB-DAS/2004.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Julgo irregulares os instrumentos ora em análise, diante da exigência de apresentação de documento de propriedade dos veículos a serem locados, objeto da presente contratação.

A exigência, a meu ver, extrapolou as condições contidas nos artigos 27 a 31 da Lei Federal 8.666/93, e constitui condição restritiva ao caráter competitivo da licitação.

Esta exigência desnecessária apresenta-se também relacionada com o restrito número de empresas, apenas duas, que participaram do certame. Todavia, por tratar-se de contrato extinto firmado no ano de 2004, em respeito ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito da Administração, pois não há nos autos informação sobre a não prestação dos serviços contratados, e em respeito ainda ao princípio da segurança jurídica, em razão do tempo decorrido, ACOLHO excepcionalmente OS EFEITOS FINANCEIROS da presente contratação.