TC nº 72-002.626.11-50

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Serviços de nutrição transportada. CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 30, § 1°, I e 59, Lei 8.666/93. Art. 71, §§ 1º e 2º, CF. Lei 8.234/91. Lei 6.583/78. Art. 1º, Res. 419/08 Cons. Fed. Nutricionistas**.**

2.697ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado: 14.01.2014

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados 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 conhecer da representação, uma vez que se mostram preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos e, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à empresa representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor e ROBERTO BRAGUIM.

Ausente o Conselheiro EURÍPEDES SALES, por motivo previamente justificado.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de setembro de 2013.

EDSON SIMÕES
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

RELATÓRIO

Trata-se do exame da Representação formulada pela empresa Apetece Sistemas de Alimentação Ltda. em face de ato praticado no decorrer do procedimento do Pregão n° 09/2011, instaurado pela Coordenadoria Regional de Saúde Centro-Oeste para a contratação de empresa de prestação de serviços de nutrição transportada.

A Representante alega descumprimento, pela empresa adjudicatária, da totalidade das exigências estabelecidas no item "b" da Cláusula 8.4 do Edital, pertinente à Qualificação Técnica, informando que a referida empresa, embora tenha comprovado possuir Responsável Técnico junto ao Conselho Regional de Nutrição, comprovando também o vínculo formal mediante Contrato de Prestação de Serviço, deixou de juntar, no momento fixado pela regra editalícia, a "Declaração do Profissional assumindo o encargo de Responsável Técnico", fazendo-o intempestivamente, 5 (cinco) dias após a data de abertura do certame.

Considerando o fato de que a Representação foi apresentada e protocolada neste Tribunal em 27 de setembro de 2011, quando o Contrato 04/CRSCO/2011 já se encontrava em execução, **INDEFERI** o pedido de suspensão liminar formulado pela Representante, em razão de a medida extrapolar o âmbito de competência conferido aos Tribunais de Contas pela Constituição Federal de 1988, artigo 71, §§ 1° e 2°, por se tratar de contrato já em vigência. Determinei a remessa de ofício à Representante, para ciência da decisão denegatória (despacho de fls. 288 e ofício de fls. 291).

A Auditoria desta Corte, na manifestação de fls. 282/287, preopinou pela procedência da Representação, por desatendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, diante do descumprimento parcial do dispositivo editalício por parte da empresa vencedora do certame.

Remetidos os autos à Assessoria Jurídica de Controle Externo, esta opinou pela procedência da Representação, ante o desrespeito à cláusula editalícia, dada a não apresentação da referida Declaração no momento oportuno, sem prejuízo de recomendações entendidas cabíveis.

Às fls. 308/318, sobreveio documentação complementar da Sra. Coordenadora Regional de Saúde Centro-Oeste e do Sr. Pregoeiro, no sentido de justificar a ausência da declaração do profissional, considerando que a licitante vencedora apresentou o Atestado de Responsabilidade Técnica n° 0813/2011,conferido pelo Conselho Regional de Nutricionistas (fls. 318) e que, a seu ver, estabelece de forma absoluta e inquestionável o vínculo de reponsabilidade técnica entre a empresa licitante e o profissional. Argumentaram, ainda, que o Atestado emitido pelo órgão de classe competente tem muito maior força do que a própria declaração do profissional assumindo tal encargo.

A Auditoria, examinando a documentação acrescida, reviu seu entendimento precedente para concluir pela improcedência da Representação, por entender que a aparente irregularidade formal restou perfeitamente preenchida com os documentos públicos apresentados pela empresa na licitação e trazidos aos autos às fls. 313 e 318, encontrando-se o contrato em plena execução.

Para a Assessoria Jurídica de Controle Externo, ainda que a licitante tenha apresentado dentro do envelope de habilitação o Atestado de Responsabilidade Técnica 0813/2011, afirma que o referido documento não corresponde à exigência contida no Edital, razão pela qual manteve seu posicionamento pelo conhecimento e pela procedência da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, em nova manifestação, reiterou seu parecer precedente, no sentido do conhecimento e da improcedência da Representação.

A Secretaria Geral pronunciou-se pelo conhecimento da Representação e, no mérito, entendeu que as exigências do Edital não foram observadas, razão pela qual concluiu ser procedente a Representação.

É o relatório.

V O T O

Conheço da Representação, uma vez que se mostram preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos.

No mérito, primeiramente, cabe asseverar que um dos pontos sedimentados tanto na doutrina como na jurisprudência, relativamente ao disposto no § 1°, inciso I, art. 30, da Lei Federal n° 8.666/93, é que a comprovação de o profissional integrar os quadros permanentes da empresa licitante seja feita mediante demonstração de vínculo formal, quer decorrente de relação empregatícia, societária ou de contrato de prestação de serviços regido pela legislação civil.

Numa abordagem bastante elucidativa sobre o assunto, o TCU exarou o Acórdão n°. 2297/2005, relatado pelo Exmo. Ministro Benjamim Zymler, cujo trecho abaixo se extrai:

> “11. A regra contida no artigo 30, § 1°, inciso I, da Lei n° 8.666/93, não pode ser tomada em caráter absoluto, devendo-se sopesá-la diante dos objetivos que se busca alcançar com a realização das licitações, quais sejam, a garantia de observância ao princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.
> (...)
> 13. Atender, no caso em tela, à letra fria desse dispositivo, sem considerar os objetivos da Administração e os limites

> de exigência de qualificação técnica, suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações, seria desbordar para o formalismo que se basta em si mesmo, sem ter em vista qualquer outro objetivo consentâneo com o interesse público.
>
> 14. As exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico profissional ou técnico operacional, portanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza da competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Devem constituir tão somente garantia mínima suficiente para que o futuro contratado demonstre, previamente, capacidade para cumprir as obrigações contratuais.
>
> 15. Nesse sentido, entendo que seria suficiente, segundo alega a representante, a comprovação da existência de um contrato de prestação de serviços, sem vínculo trabalhista e regido pela legislação civil comum". (autor e ob. cits., p. 518-19).

Com ênfase nesses posicionamentos, em um primeiro plano, percebe-se, então, que, não obstante os termos da alínea "b" do item 8.4 do Edital, a aceitação, no caso examinado, da comprovação do vínculo do responsável técnico Nutricionista mediante contrato de prestação de serviços com a empresa participante do Pregão resultou de ato justificado do Pregoeiro, sustentado em interpretação mais consentânea com os objetivos da Lei de Licitações e com o próprio princípio da competitividade.

Cabe mencionar que a profissão de Nutricionista está disciplinada pela Lei Federal n° 8.234, de 17 de setembro de 1991, estando o seu exercício sob a fiscalização dos Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, na conformidade da Lei Federal n° 6.583, de 20 de outubro de 1978. Em termos infralegais, cita-se a Resolução n° 419/2008, do Conselho Federal de Nutricionistas, que, ao dispor sobre os critérios para assunção de responsabilidade técnica no exercício das atividades do nutricionista, estabelece, em seu art. 1°, que **"A Responsabilidade Técnica exercida pelo Nutricionista é o compromisso profissional e legal na execução de suas atividades, compatível com a formação e os princípios éticos da profissão, visando a qualidade dos serviços prestados à sociedade".**

Pelos elementos constantes da instrução dos autos, verifica-se que, embora a declaração do profissional não tenha sido apresentada, foram, de outra parte, apresentados documentos que comprovaram não apenas o vínculo contratual mantido com o Nutricionista, mas também a sua qualidade de Responsável Técnico da empresa e seu registro no correspondente Conselho Regional de Nutricionistas, em cumprimento à finalidade da licitação.

Por conseguinte, uma vez observadas, em sua essência, as mencionadas condições editalícias de habilitação da empresa detentora da proposta comercial classificada em primeiro lugar na licitação, ao lado de outras condições editalícias de comprovação da sua idoneidade, demonstra-se meramente formal, senão despicienda, a exigência de apresentação da aludida declaração.

À vista, pois, dos elementos constantes dos autos, entendo que o Pregão atingiu os objetivos pelos quais foi preordenado, resultando na contratação da proposta indiscutivelmente mais vantajosa para a Administração Municipal, no valor de R$ R$ 132.895,40, comparada com a próxima colocada na tabela final de lances, no valor de R$ 141.986,40, bem como em relação à própria empresa representante, colocada em 4° lugar, com proposta no valor de R$ 151.780,68.

Por derradeiro, o resultado alcançado pelo certame licitatório, aliado ao fato de o contrato já se encontrar em execução, são fatos que aconselham prudência do julgador, considerando-se que eventual declaração de nulidade do contrato não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelos serviços já executados, na conformidade do disposto no parágrafo único do artigo 59 da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n° 6.518-RJ, já decidiu que, **"Na avaliação da nulidade do ato administrativo é necessário temperar a rigidez do princípio da legalidade, para que ele se coloque em harmonia com os princípios da estabilidade das relações jurídicas, da boa-fé e outros valores essenciais à perpetuação do Estado de Direito"**.

Por todo o exposto, julgo improcedente a Representação.

Dê-se ciência da decisão que vier a ser proferida, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, à Representante e à Coordenadoria Regional de Saúde Centro–Oeste.