JURISPRUDÊNCIA

TC nº72-002.723.08-00

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. SECOM. Serviços de moto frete (motocicleta com baú e motociclista). CONHECIDA. IMPROCEDENTE. Art. 27, Lei 8.666/93. Votação por maioria.

2.541ª Sessão Ordinária

Transitado em julgado em: 25.03.2011.

Referência Especial: 72.002.724.08-73.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Roberto Braguim, após vista que lhe fora concedida na 2.540ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, e pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor, apresentado em separado, e Eurípedes Sales, em conhecer da representação formulada pelo Senhor Paulo Ricardo de Miranda Campos, em face da natureza instrumental do processo e sua finalidade voltada à afirmação do conteúdo da Administração responsável.

Vencido o Conselheiro Roberto Braguim, que, nos termos de sua declaração de voto apresentada, não conheceu da representação.

ACORDAM, ademais, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales, em julgá-la improcedente, consignando, todavia, a discordância da sugestão trazida pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle desta Corte quanto à apresentação de balanço de abertura de empresas que não possuam balanço do último exercício financeiro, pelo pouco tempo de sua existência, tendo em vista que não há embasamento jurídico para que este Tribunal determine essa exigência, por não constar do rol de documentos mencionados na Seção II, artigo 27 e seguintes da Lei Federal 8.666/93.

Vencido, em parte, o Conselheiro Maurício Faria – Relator, que, no mérito, julgou-a procedente quanto à dispensa do balanço patrimonial, uma vez que se o edital exigia, para fins de qualificação econômico-financeira, a apresentação do balanço patrimonial do último exercício social e dos índices

contábeis, a pregoeira não poderia ter habilitado empresa que não cumpriu a exigência, e, se a empresa foi constituída há menos de um ano, como restou comprovado durante a instrução processual, deveria ter apresentado o balanço de abertura para dar cumprimento aos itens 5.3.4.1 e 5.3.4.1.1 do edital.

Vencido, também, quanto à determinação à Secretaria Executiva de Comunicação – Secom para que inclua em seus editais a exigência de empresas recém constituídas apresentarem o balanço de abertura em substituição ao balanço do último exercício financeiro.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do presente Acórdão ao representante e à representada, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno deste Tribunal.

Participaram do julgamento os Conselheiros Maurício Faria – Relator, Roberto Braguim e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 23 de fevereiro de 2011.

Edson Simões
Presidente

Antonio Carlos Caruso
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do § 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte.

RELATÓRIO

Em julgamento a Representação interposta contra procedimento adotado no Pregão nº 003/2008 da Secretaria Executiva de Comunicação, cujo objeto é a contratação de serviços de moto-frete para a realização de tarefas externas na Capital e Grande São Paulo.

Inicialmente, a Representação foi interposta pela empresa Faster Boys Serviços Ltda. ME, tendo como subscritor o Sr. Paulo Ricardo de Miranda Campos. Recebida a Representação, esta Relatoria determinou o encaminhamento de ofício à interessada para que, no prazo de três dias, cumprisse o disposto no artigo 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

Em resposta à determinação, o Sr. Paulo Ricardo de Miranda procedeu de forma diversa e apresentou, como documento a ser encartado nos autos arrazoado que reproduzia nova Representação, desta feita acompanhada de cópia do edital e título de eleitor. Considerando que os documentos apresentados não se mostravam compatíveis com o cumprimento da disciplina regimental, tal como fora destacado no ofício encaminhado, determinou-se o arquivamento dos autos dando ciência da decisão à empresa interessada.

Inconformado com a decisão, o representante legal da empresa requereu o processamento da Representação como se houvesse sido interposta por cidadão, diante da gravidade dos fatos noticiados. Diante do exposto, e apesar da petição não ter atentado rigorosamente para aspectos processuais, inclusive quanto ao prazo para recurso da decisão de arquivamento, esta Relatoria reviu seu posicionamento, decidindo, portanto, pelo processamento do feito a partir da Representação apresentada pelo Sr. Paulo Ricardo de Miranda, e, que, com vistas ao saneamento do feito, houvesse o desentranhamento da peça inicial apresentada pela empresa.

Já no que concerne ao conteúdo da Representação, alega o interessado que a empresa classificada em primeiro lugar – Gleice Rodrigues Caramelo Barbosa ME – foi indevidamente habilitada, por não ter apresentado: a) declaração em papel timbrado sobre a não obrigatoriedade de registro em entidade profissional competente (subitem 5.3.3.1 do edital); b) atestado que comprove o desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto licitado (subitem 5.3.3.2 do edital); e c) balanço patrimonial e demonstrativo contábil do último exercício social que comprove a boa situação financeira da empresa (subitem 5.3.4.1 do edital). Acrescentou, ainda, que requereu vista do processo de contratação para constatar o cumprimento, pela adjudicatária, das exigências contidas no subitem 9.3 do edital, entre elas a apresentação dos documentos de propriedade ou posse das motocicletas e as carteiras de habilitação dos motociclistas, o que foi negado pela Origem sob o argumento de que o processo encontrava-se na Assessoria Jurídica. Ao final, o Representante requer a anulação do feito ou, alternativamente, que se determine a classificação da segunda colocada.

A Coordenadoria I procedeu ao exame da Representação cotejando-a com os documentos constantes do processo administrativo que instrumentalizou o Pregão 003/2008 e concluiu pela improcedência de todas as insurgências, destacando a correção do ato da Comissão que aceitou a declaração, exigida pelo subitem 5.3.3.1do Edital, em papel simples, sem o timbre da empresa, já que se trata de vício de natureza sanável que não deve ensejar a eliminação de um concorrente.

O Subsecretário de Fiscalização e Controle endossou as conclusões da Coordenadoria I e acrescentou que a Origem deveria incluir nos próximos instrumentos convocatórios a exigência da apresentação do balanço de abertura da empresa, para aquelas constituídas há menos de um ano.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo deixou de analisar os requisitos de admissibilidade da Representação, em face da expressa determinação no sentido do processamento do feito. No mérito, requereu a junção de manifestação anteriormente exarada nos autos do TC 2.724.08-73, interposta pela empresa KLC Transportes Locação e Comércio Ltda. e que cuida de Representação contra o mesmo edital, e opinou pela improcedência da presente, alinhando-se ao entendimento da Auditoria.

A Assessora Subchefe de Controle Externo acrescentou que, além do balanço de abertura, as empresas constituídas há menos de um ano também podem comprovar sua qualificação econômico-financeira por meio de balanços mensais, devidamente registrados na forma da lei.

O Órgão Fazendário, valendo-se dos argumentos da Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento e improcedência da Representação.

Após afirmar superada a questão sobre a admissibilidade da Representação, a Secretaria Geral censurou o fundamento apresentado pela Origem para dispensar a vencedora da entrega do balanço patrimonial, uma vez que as normas invocadas aplicam-se apenas à esfera federal. Não obstante, opinou pela total improcedência da Representação e pela preservação do ajuste firmado em caráter extraordinário.

Em cumprimento aos ditames do contraditório e da ampla defesa, a Origem foi provocada a se manifestar. Por meio do Ofício n.º 186/2010 declarou ciência das conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos desta Casa, salientando, inclusive, quanto ao reconhecimento da necessidade de incluir nos próximos instrumentos convocatórios a possibilidade de as empresas constituídas há menos de um ano apresentarem balanço de abertura como substitutivo do balanço patrimonial do último exercício financeiro. Afirmou, ainda, que o contrato resultante do Pregão n.º 003/2008 foi encerrado em novembro de 2009.

Considerando que a manifestação da Origem não trouxe aos autos nenhum elemento que demandasse análise da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, tampouco da Assessoria Jurídica, os autos foram encaminhados para a Procuradoria da Fazenda Municipal e para a Secretaria Geral que ratificaram os termos dos pareceres anteriormente exarados.

É o relatório.

VOTO

Apesar dos encaminhamentos e formalidades da Representação em tela não terem fiel observância à disciplina regimental, inclusive quanto a constituição de provas ou indícios relativos às irregularidades anunciadas,

conheço da Representação em face da natureza instrumental do processo e sua finalidade voltada à afirmação do conteúdo da Administração responsável.

Quanto ao mérito, a apreciação dos argumentos lançados na Representação deve ser feita à luz dos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório que prevêem, respectivamente, que a Administração deve conceder tratamento igualitário a todos que participem do certame e deve observar rigorosamente as regras do edital, não podendo delas afastar-se sob pena de ilegalidade.

Importante salientar que a correta leitura do princípio da vinculação ao instrumento convocatório veda que a Administração faça exigências excessivas, bem como que afaste da disputa licitante que tenha descumprido regras meramente formais. Nesses termos, irrepreensível a conduta da Origem que desconsiderou o fato de a declaração da empresa afirmando a inexistência de obrigatoriedade legal de inscrição em entidade profissional ter sido feita em papel simples, sem o timbre da empresa.

Também improcedente é a insurgência do Representante quanto ao suposto desatendimento, pela empresa vencedora do certame, da exigência referente à qualificação técnica. Tal como constatado pela Auditoria, a adjudicatária apresentou atestado de capacidade técnica compatível com o objeto da licitação, cumprindo a exigência constante do subitem 5.3.3.2 do edital.

Diverso é o entendimento quanto à dispensa do balanço patrimonial. Se o edital exigia, para fins de qualificação econômico-financeira, a apresentação do balanço patrimonial do último exercício social e dos índices contábeis, a pregoeira não poderia ter habilitado empresa que não cumpriu a exigência. Se a empresa foi constituída há menos de um ano, como restou comprovado durante a instrução processual, deveria ter apresentado o balanço de abertura para dar cumprimento aos itens 5.3.4.1 e 5.3.4.1.1 do edital.

À vista do exposto e de tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente a Representação e determino que a Origem inclua em seus editais exigência de empresas recém constituídas apresentarem o balanço de abertura em substituição ao balanço do último exercício financeiro **(2.540ª S.O.).**

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Antonio Carlos Caruso

Embasado nas manifestações dos órgãos técnicos do Tribunal e da Procuradoria da Fazenda Municipal, conheço da representação, posto que atendidos os pressupostos de admissibilidade e, no mérito, voto pela sua improcedência.

Não concordo com a sugestão trazida aos autos pelo Subsecretário de Fiscalização e Controle, às fls. 137vº, endossada pela Secretaria

Geral, para que, em editais futuros, em casos como o dos autos em que a licitante não possa atender à exigência de apresentação de balanço patrimonial, pelo pouco tempo de sua existência, deva trazer um balanço de abertura da empresa pelas razões a seguir expostas.

Primeiramente, há de se ter em mente que a lei federal de licitações (Lei nº 8.666/93) ao tratar das condições para habilitação dos licitantes prescreve que são as constantes da Seção II, artigos 27 e seguintes.

Referido diploma legal determina no "caput" do artigo 27 que para habilitação nas licitações pode-se exigir dos interessados a documentação discriminada nos itens que o compõe, no qual utiliza, de forma incisiva, a expressão exclusivamente.

No que tange à qualificação econômico-financeira dispõe que a documentação limitar-se-á a:

> I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
>
> II – certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
>
> III – garantia nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do artigo 56 desta lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Portanto, não há embasamento jurídico para que o Tribunal determine a exigência de balanço de abertura, posto que não consta do rol de documentos conforme mencionado no artigo 27 da Lei 8.666/93.

Consigne-se, a propósito, que figura de "balanço de abertura" é obrigatória para efeito de imposto de renda quando a empresa altera o regime de tributação, ou seja, de lucro presumido para lucro real.

Outra hipótese para "balanço de abertura" é quando ocorre alteração na personalidade jurídica da empresa.

Entretanto, não existe na legislação contábil a exigência de "balanço de abertura" para empresas que estão se iniciando ou que estejam em atividade em período menor de um exercício financeiro.

Portanto, não há possibilidade de ser atendida uma determinação editalícia de apresentação de "balanço de abertura" como alvitrado nestes autos **(2.540ª S.O.)**.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Roberto Braguim

A presente Representação, registrada em nome de Paulo Ricardo de Miranda Campos, apresenta aspectos diferenciados que a afastam da ortodoxia das normas de regência.

Com efeito, consoante decorre do exame dos autos, houve no curso preambular da instrução uma verdadeira simbiose entre a empresa Faster Boys Serviços Ltda. – ME e seu representante – Paulo Ricardo de Miranda Campos, que ora atua nessa qualidade (fl. 46), ora peticiona como simples cidadão, desvinculado daquela qualificação (fls. 10 e 41).

E nesse quadro nebuloso, que dificulta o reconhecimento exato do Representante e portanto a fixação do polo ativo da Representação, e mais, o exame da própria legitimidade, é que são oferecidos pleitos de difícil dedução, voltados a questões relativas à decisão alcançada no Pregão e à própria Pregoeira, não impugnados na esfera administrativa, e que, inaugurados nesta Casa em novembro de 2008 só foram se completar em março de 2009, ocasião em que o contrato decorrente da licitação já vigorava há meses.

Essas razões e o entendimento manifestado em diversos votos proferidos por mim em sede de Representação, no sentido de que este Tribunal não é instância revisora de atos e decisões da Administração, levam-me a não conhecer da Representação em exame, pelo não preenchimento dos requisitos a ela relacionados, sublinhando, embora, meu respeito ao entendimento esposado pelos que me precederam neste julgamento.

Após as comunicações devidas, arquive-se.