JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-002.893.04-07

2º JULGADO
RECURSO. VOLUNTÁRIO. Decisão que julgou irregular o contrato e aceitou os efeitos financeiros. COHAB. Competição inviável. Art. 25, "caput", Lei 8.666/93. Distribuição de processos por sorteio, critério objetivo. CONHECIDO. Votação unânime. PROVIDO. Votação por maioria.
1º JULGADO
ANÁLISE. CONTRATO. INEXIGIBILIDADE. COHAB. Art. 25, "caput", Lei 8.666/93. Serviços técnicos de cobrança extrajudicial. Serviços advocatícios na área do contencioso cível. IRREGULAR. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação por maioria.

TC citado: 72.002.895.04-32

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, 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 do recurso interposto pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – Cohab-SP, por preencher os requisitos de admissibilidade.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Maurício Faria – Relator, Antonio Carlos Caruso – Revisor e Eurípedes Sales, quanto ao mérito, em dar-lhe provimento, para julgar regular o Contrato 089/2004, considerando que a inviabilidade de competição ocorrida remete à inexigibilidade de licitação tipificada pelo artigo 25, "caput", da Lei Federal 8.666/93, bem como foi demonstrado nos autos que o procedimento para credenciamento atendeu a todos os princípios informadores da licitação, em especial os da isonomia, impessoalidade e julgamento objetivo.

Vencido, no mérito, o Conselheiro Edson Simões, que, consoante voto apresentado em separado, negou provimento ao recurso, mantendo o V. Acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

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

Presente a Procuradora Chefe da Fazenda Substituta Maria Hermínia Penteado Pacheco e Silva Moccia.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 22 de julho de 2009.

Roberto Braguim – Presidente.

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO e VOTO englobados v. TC 72.002.895.04-32.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Em julgamento os Recursos Ordinários interpostos pela COHAB contra os v. Acórdãos datados de 21 de março de 2007, por meio dos quais o E. Tribunal Pleno julgou irregulares os Contratos nºs 89, 95 e 90 de 2004, aceitando os efeitos financeiros por eles produzidos.

Os contratos para a prestação de serviços advocatícios de cobrança extrajudicial, renegociação e/ou regularização, incluindo também o contencioso cível, foram rejeitados por não terem sido precedidos de certame licitatório. A Origem realizou processo de credenciamento, por inexigibilidade de licitação.

Nos três apelos, de igual teor, encarece a Recorrente a necessidade dos serviços contratados para a satisfação das atividades-fim da COHAB, tendo em vista a dimensão da inadimplência dos mutuários e a inexistência de pessoal dos quadros em quantidade suficiente para atender à demanda. Alega que a fixação prévia da remuneração frustrou a competição entre os possíveis interessados, enquadrando-se a hipótese no disposto no "caput" do art. 25 da Lei 8.666/93.

Afirma que o credenciamento de prestadores de serviços é forma de contratação aceita pelo TCU e pela doutrina e que a contratação de serviços advocatícios é questão polêmica que não encontra entendimento unânime na doutrina, conforme faz prova a decisão recorrida, proferida por maioria. Salienta, ainda, que foram observados os princípios que regem as licitações, com a seleção de três prestadores por Comissão Especial de Cadastramento, inexistindo afronta à Lei 8.666/93. Requer, ao final, a reforma das decisões recorridas para que sejam acolhidos os contratos em exame.

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opina pelo conhecimento dos recursos. No mérito, reconhece a polêmica que envolve a discussão e conclui que o fato de haver pluralidade de prestadores em condições de executar os serviços não exclui a singularidade do objeto e inviabilidade de competição. Nesse sentido, opina pelo provimento dos recursos.

Na mesma linha é o posicionamento da Procuradoria da Fazenda Municipal e da Secretaria Geral.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

O reexame dos autos não permite, em preliminar, atingir conclusão diversa da constante das decisões recorridas quando afirmam a inadequação da contratação por inexigibilidade de licitação dos serviços técnicos para cobrança judicial e extrajudicial dos créditos administrados pela COHAB, fundamentada no inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Diversamente do alegado pela Recorrente e reconhecido pelos órgãos técnicos desta Corte, a inexigibilidade de licitação não se presta à contratação de serviços advocatícios em que se alegue, de forma isolada, a singularidade do objeto. A singularidade do serviço técnico especializado é requisito que juntamente com a notória especialização do contratado autorizam a inexigibilidade, prevista pelo inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93.

Diante das razões de recurso ofertadas, entendo que a questão deve ser analisada não mais sob o prisma da inexigibilidade de licitação por notória especialização, mas sim examinada sob o enfoque da inviabilidade de competição invocada, nesta oportunidade, pela recorrente. Em suas razões recursais, alega a interessada que a fixação de preço pela Origem torna inviável a competição.

Como afirmado anteriormente no voto proferido que compôs a decisão recorrida, entendo, em tese, que apenas a ausência de disputa econômica entre as empresas não torna inviável, por si só, a realização da licitação, já que a competitividade poderia estar alojada em outro dado da proposta, tal como o prazo para a conclusão dos serviços. Por esta razão, quando do julgamento original do feito, esta Relatoria vislumbrou a viabilidade de competição entre os possíveis interessados, diante da impossibilidade de a COHAB credenciar todos eles. No entanto, os elementos trazidos aos autos na fase recursal, melhor analisados, revelam, realmente, a inviabilidade de disputa, uma vez que as empresas interessadas em participar do credenciamento não tinham nenhuma oferta a fazer à COHAB, cabendo-lhes tão somente cumprir os requisitos impostos pela contratante, inexistindo, de fato, competição.

O edital nº 1047/03 fixou as condições de participação dos interessados, documentos necessários para a habilitação e critérios objetivos tanto para o credenciamento das empresas como para a distribuição dos processos, que seria realizada por sorteio. Nota-se, portanto, que a Origem fixou todas as regras regentes do procedimento de credenciamento, sem criar efetivamente condições de disputa entre as possíveis interessadas, já que a seleção das empresas a serem contratadas dar-se-ia por sorteio, realizado entre as previamente habilitadas.

É de se reconhecer, portanto, que, não obstante fosse descabida a contratação por inexigibilidade de licitação, decorrente de serviço singular realizado por profissional ou empresa de notória especialização, a inviabilidade de competição remete à inexigibilidade tipificada pelo "caput" do art. 25 da Lei 8.666/93.

Imperioso considerar, ainda, que a instrução dos autos demonstra que o procedimento para credenciamento atendeu a todos os princípios informadores da licitação, em especial, ao da isonomia, impessoalidade e julgamento objetivo.

Diante do exposto e, agora alinhado com a conclusão dos pareceres exarados pela Assessoria Jurídica de Controle Externo e pela Secretaria Geral, conheço dos recursos interpostos por preencherem os requisitos de admissibilidade e, no mérito, dou-lhes provimento para julgar regulares os Contratos nºs 89, 95 e 90 de 2004.

VOTO em separado proferido pelo Conselheiro Edson Simões

Mantenho o meu voto prolatado quando das análises das contratações, assim conheço do Recurso Interposto, no entanto nego-lhe provimento, mantendo-se o Acórdão por seus próprios fundamentos.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.315ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos a fim de proferir voto de desempate. Na referida sessão, votaram os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Roberto Braguim e Maurício Faria, tendo o Conselheiro Edson Simões – Relator votado na 2.312ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos do relatório e voto do Conselheiro Edson Simões – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim e Maurício Faria, consoante voto apresentado em separado, em julgar irregular o Contrato 089/2004, tendo em vista a ausência de licitação quando a mesma era exigível, pelo fato de os serviços contratados serem passíveis de competição.

Vencido, neste tópico, o Conselheiro Eurípedes Sales – Revisor que julgou regular o referido ajuste.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor e Maurício Faria, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em aceitar os efeitos financeiros do mencionado contrato e em deixar de aplicar penalidade ao ordenador da despesa, considerando inexistir nos autos elementos que comprovem a excessiva onerosidade do referido contrato, bem assim conduta dolosa dos agentes públicos. Vencidos, neste particular, os Conselheiros Edson Simões – Relator e Roberto Braguim que não aceitaram os referidos efeitos e aplicaram multa.

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

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de março de 2007.

Antonio Carlos Caruso – Presidente, com voto.

Edson Simões – Relator.

RELATÓRIO

Trata-se da análise do Contrato 89/04, celebrado entre a COMPANHIA METROPOLITANA DE HABITAÇÃO DE SÃO PAULO – COHAB e o consórcio formado por EXAME BANCRED SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA e MARISA MAYA ADVOGADOS ASSOCIADOS, objetivando a prestação de serviços técnicos de cobrança extrajudicial, renegociação e/ou regularização e serviços advocatícios na área do contencioso cível, no valor de R$ 3.438.798,00 (três milhões, quatrocentos e trinta e oito mil setecentos e noventa e oito reais).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, com base no parecer da Origem, constatou a inviabilidade de se instaurar um procedimento

licitatório, por se tratar de contratação em que as remunerações das contratadas encontravam-se fixadas nos limites definidos pela Diretoria Financeira e Superintendência Jurídica da Companhia, já que com a fixação prévia da remuneração restou frustrada a competição entre os possíveis interessados. Assim, a contratação foi precedida do procedimento de cadastramento, sendo para tanto criada a Comissão Especial de Julgamento Cadastral de Empresas para Prestação de Serviços de Cobrança Extrajudicial e Advocatícios. Como resultado do sorteio, conforme consta da ata de folhas 97 a 99, os lotes foram distribuídos. Neste sentido, concluiu pela regularidade do contrato (folhas 138/142).

A Assessoria Jurídica e a Procuradoria da Fazenda igualmente opinaram pela regularidade da contratação (folhas 144, 146 e 148).

A Secretaria Geral concluiu que a presente contratação atendeu ao procedimento de cadastramento e credenciamento, observando que o instituto é singular, alcançando a aplicação subsidiária dos princípios vetores do certame licitatório, aplicando-se o artigo 116 da Lei 8.666/93. Aduziu que a licitação é o meio que dispõe a Administração Pública para contratar. Assim, a adoção do sistema de credenciamento deve ser tomada como exceção, permitida se forem cumpridos alguns requisitos. O fato decorre da inviabilidade de, através da licitação, satisfazer certos interesses da Administração, que se baseia no princípio da isonomia, pois, uma vez atestada a inviabilidade de atingir o interesse público através da individuação de uma única pessoa e em função do objeto que se persegue, quanto maior o número de contratados, melhor serão satisfeitas as necessidades da Administração.

Assim, entendeu que, dentre as características do sistema de credenciamento, o objeto do presente processo se insere nas mesmas, bem como, no tocante aos princípios, à vista do edital elaborado, opinando pelo acolhimento do ajuste (folhas 151/154).

Intimados o ordenador da despesa e o signatário do contrato, sendo que somente o primeiro apresentou a defesa. Os autos foram submetidos à apreciação da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que se manifestou pelo acolhimento do contrato, eis que demonstrado o atendimento aos princípios insertos no artigo 37 da Constituição Federal, bem como os requisitos necessários à caracterização da contratação direta por inviabilidade de competição (folhas 237/238).

Ratificaram os pronunciamentos já exarados, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral pelo acolhimento do contrato (folhas 240 e 242).

É o relatório.

VOTO

A aferição de uma contratação por inexigibilidade de licitação e a análise de sua possibilidade é tema extremamente controvertido que a Administração deve identificar, dentro do previsível, a natureza da inviabilidade do objeto e a absoluta necessidade da contratação dos profissionais.

Não se discute aqui a importância do escritório de advocacia contratado, pois a discussão cinge-se em qualificar se os serviços contratados são passíveis de competição.

Ao analisar a documentação trazida para os autos, constata-se que há outros profissionais na área para prestar os serviços, objeto do presente processo. Na realidade, os valores envolvidos eram expressivos, assim, por si só, essa situação não autorizava a contratação de profissionais com dispensa de licitação.

A respeito conceitua Jessé Torres Pereira Junior: *'a competitividade é da essência da licitação, seguindo-se ser esta exigível sempre que presente a possibilidade daquela; licitação inexigível equivale a licitação impossível; é inexigível porque impossível; é impossível porque não há como promover-se a competição'.*

Assim, somente caracteriza a inexigibilidade se a competição for inviável. Sendo viável, a licitação é de rigor, posto que o traço distintivo entre a exigibilidade e a inexigibilidade é a viabilidade de estabelecer-se ou não a disputa.

No presente caso, a licitação poderia ter sido realizada, tendo em vista a variedade de escritórios de advocacia que poderiam prestar os serviços contratados. Nada de excepcional aconteceu para que houvesse a contratação direta, não se enquadrando no artigo 25 da Lei 8.666/93.

Como bem salientou a Secretaria Geral, o presente caso se subsume às regras da Lei Federal 8.666/93 (artigo 116) e, em nenhum momento restou comprovado nos autos as exigências da inviabilidade da licitação, não se enquadrando na natureza singular ou na contratação de profissionais de notória especialização, nos termos das disposições do artigo 25, inciso II, combinado com o artigo 13 da Lei Federal.

Isto posto, pelo fato dos serviços contratados serem passíveis de competição, JULGO IRREGULAR o CONTRATO 89/04, deixando de aceitar os efeitos por ele produzidos.

Ainda, aplico ao ordenador da despesa a multa de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei 9.167/80.

VOTO em separado e englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

Acompanho o relator pela irregularidade dos contratos analisados nos autos dos TCs 2.893.04-07, 2.894.04-70 e 2.895.04-32, mas aceito seus efeitos financeiros, pedindo vênia para as seguintes considerações:

O sistema de credenciamento, utilizado pela Origem para instrumentalizar a contratação, em regra, é feito quando há inviabilidade de competição, por ter a Administração condições de aproveitar todos os interessados naquela prestação de serviços.

A análise dos presentes autos, no entanto, revela que várias empresas e escritórios de advocacia se interessaram em prestar os serviços de cobrança judicial e extrajudicial dos créditos imobiliários administrados pela COHAB, sendo impossível a mesma contratar todos os interessados, diante da limitação dos lotes.

Ademais, embora não houvesse a possibilidade de disputa econômica entre as empresas, considerando a fixação da remuneração pela COHAB, a impossibilidade de a Administração credenciar todos os interessados impede a contratação por inexigibilidade de licitação, dada a viabilidade de competição.

Nestes termos é o ensinamento da Professora Dinorá Mussetti Grotti, apresentado em palestra proferida em 18 de junho de 2004 no II Seminário de Direito Administrativo, realizado nesta Corte:

> *'Nas situações de ausência de competição, onde o credenciamento é adequado, não precisa a Administração realizar licitação, pois todos os interessados aptos serão aproveitados. Tal situação, sob um certo ângulo, configura inexigibilidade de licitação, amparada no art. 25 da Lei nº 8.666/93, considerando-se as peculiaridades de que se reveste o procedimento – ausência de exclusividade e cunho não competitivo da seleção. Será, porém, necessária a licitação quando surgir a possibilidade de competição objetiva entre os particulares, sempre que for inviável à Administração promover o credenciamento de todos os possíveis interessados'.*

A discussão a respeito da notória especialização dos contratados e da singularidade do objeto não é pertinente a este processo, tendo em vista que a inexigibilidade de licitação foi fundamentada no "caput" do artigo 25 e não no inciso II do mesmo dispositivo da Lei nº 8.666/93.

No presente caso, a licitação deveria ter sido realizada por não estar presente nenhum requisito que a excepcione. Tanto é assim que, a

partir de 2006, a COHAB passou a realizar licitação, na modalidade concorrência, para a contratação de escritório ou sociedade de advogados capacitados na prestação de serviços advocatícios de natureza cível, da área do direito imobiliário, conforme licitação autuada no processo interno nº 0958/05.

À vista do exposto, julgo irregulares os contratos nº 089/04, 095/04 e 090/04, porém, acolho os efeitos financeiros dos ajustes e deixo de aplicar penalidade aos ordenadores da despesa, considerando inexistir, nos autos, elementos que comprovem a excessiva onerosidade do contrato, bem como conduta dolosa dos agentes públicos.

VOTO de desempate englobado proferido pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso

Tendo em vista identidade de matéria, relatarei englobadamente os TCs de minha pauta de reinclusão.

As contratações efetuadas pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo – COHAB-SP de escritórios de advocacia, tendo por finalidade a prestação de serviços técnicos na área jurídica, foram julgadas irregulares pelo Nobre Conselheiro Relator Edson Simões.

Isto porque, argumentou, o caso não se inseria em hipótese de inviabilidade de licitação, a qual, por essa razão, fazia-se necessária.

Ademais, não aceitou os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes e, pelo que restou evidenciado nos autos, aplicou aos ordenadores das despesas multas de R$ 393,00 (trezentos e noventa e três reais).

Acompanhou-o, na íntegra, o I. Conselheiro Roberto Braguim.

De outra feita, o Nobre Conselheiro Eurípedes Sales, Revisor, acolheu-os, entendendo não ter havido óbice à conduta da COHAB-SP, que se pautara pela ‘observação dos princípios informadores da licitação’ e utilizara meio adequado ao atendimento do interesse público.

A seu turno, o I. Conselheiro Maurício Faria, em voto apartado, no qual desenvolveu suas judiciosas razões, acompanhou o Nobre Relator, aceitando, porém, os efeitos financeiros.

Não aplicou penalidade aos ordenadores da despesa, tendo em vista a inexistência, nos autos, de *‘elementos que comprovem a excessiva onerosidade do contrato, bem como a conduta dolosa dos agentes públicos’*.

Estas as posições firmadas pelos I. Julgadores.

Prolato, agora, meu voto de desempate no que concerne às questões de aceitação ou não dos efeitos financeiros produzidos pelos ajustes e de apenação dos ordenadores das despesas.

Voto pela aceitação dos efeitos financeiros dos contratos e não-aplicação da multa aos agentes públicos, na esteira das razões contidas no voto do Nobre Conselheiro Maurício Faria. Determino a anexação aos TCs de cópias das notas taquigráficas da sessão 2.315ª, referentes aos processos ora julgados.