TC 2.906/2002

2º Julgado – 6ª Sessão Ordinária Não Presencial
RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregular o contrato pelo princípio da acessoriedade, não aceitou os efeitos financeiros e aplicou multa. Serviços de detecção, registro e processamento de imagens de infrações de trânsito. CET. CONHECIDOS. Votação unânime. AFASTADAS as preliminares de cerceamento de defesa. PROVIDOS PARCIALMENTE para afastar a multa. Votação por maioria.
Relatório e voto englobado TCS 5.039/2001, 5.509/2001 e 2.906/2002

1º Julgado - 2.221ª Sessão Ordinária
ANÁLISE. CONTRATO. CET. Serviços de detecção, registro e processamento de imagens de infrações de trânsito. Princípio da acessoriedade. IRREGULAR. MULTA. EFEITOS FINANCEIROS NÃO ACEITOS. Votação unânime.
Relatório e voto englobado TCs 5.509.01-20, 5.039.01-69.

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados englobadamente estes autos, ora em grau de recurso, dos quais é Relator o Conselheiro JOÃO ANTONIO.

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 dos Recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, por maioria, quanto ao mérito, pelos votos dos Conselheiros JOÃO ANTONIO – Relator, EDSON SIMÕES – Revisor e ROBERTO BRAGUIM, em afastar a preliminar de cerceamento de defesa alegada pelo Consórcio PER-CONS e pelo Senhor Francisco Macena da Silva, uma vez que participaram da instrução dos autos, tendo sido intimados e exercendo, assim, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em

dar provimento parcial aos apelos, para afastar as multas aplicadas aos responsáveis, mantendo-se, no mais, o Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, consoante voto apresentado em separado, votou pela anulação do julgado, deixando de votar quanto ao mérito dos recursos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

São Paulo, 19 de março de 2020.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata o TC nº 72.005.039.01-69 da análise do edital da Concorrência nº 11/2001 quanto aos aspectos legais e formais tendo por objetivo a prestação de serviços de detecção, registro e processamento de imagens de infrações de trânsito referentes ao desrespeito a velocidade máxima permitida para o local através da utilização de equipamento/sistema barreira eletrônica.

Neste estágio processual, em exame os recursos ordinários interpostos contra o acórdão de fls. 397/398, que considerou irregular a Concorrência 11/01, promovida pela Companhia de Engenharia de Tráfego, aplicou a multa de R$361,00 (trezentos e sessenta e um reais) aos responsáveis e determinou à origem a apuração da possível prática de conduta irregular dos agentes públicos que se envolveram na referida concorrência.

Os recursos foram interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 399/402), pelo Consórcio Per-Cons, que alegou como preliminar o cerceamento de defesa, eis que não intimado anteriormente para se defender (fls. 404/417), pelo Senhor Francisco Macena da Silva, Presidente da CET na época dos fatos, que invocou a mesma preliminar de cerceamento de defesa (fls. 439/446) e pelos Senhores Francisco Tadeu Gonçalves e Maurício Régio, membros da Comissão de Licitação (fls. 450/474), Flávio Murilo Bueno Torres, assessor Técnico da Comissão de Licitação (fls. 475/486), Mario Frederico Junior, membro da referida Comissão (fls. 488/495), Roselaine Guezini Valente, ex-presidente da Comissão (fls. 496/504), Rosana Gloria de Senna, presidente do certame (fls.

506/514) e Luiz de Carvalho Montans, membro da Comissão de Licitação (fls. 515/516), todos esses últimos rebelando-se contra a pena de multa que lhes foi aplicada, embora não nominalmente identificados no acórdão recorrido.

A AJCE sustentou que o Mandado de Segurança invocado pelos recorrentes, como tendo examinado o mesmo Edital do certame — MS nº 1858/053.01.026065.2 e decidido pela sua legalidade, continha objeto menor do que o discutido nestes autos (fls. 529/532).

A Companhia de Engenharia de Tráfego, pretendendo subsidiar a análise da matéria, juntou acórdão originário da Ação de Mandado de Segurança nº 1435/053.01.022900-7, onde se decidiu pela legalidade da Concorrência 10/2001, cujo objeto mantinha estreita relação com o objeto deste TC (fls. 534/541).

A AJCE ponderou que não havia demonstração de o paradigma invocado ser similar ao objeto deste TC, acrescentando-se o fato de o julgamento dos recursos ter se baseado na carência da ação, deixando sem qualquer apreciação o mérito do processo (fls. 543/544).

A Coordenadoria V e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle entenderam não ter havido, nos recursos manifestados, qualquer argumento que abalasse suas conclusões anteriores, devolvendo os autos à AJCE, para pronunciamento conclusivo (fls. 549/552).

A AJCE considerou responsáveis todos os membros da Comissão e Licitações pelas irregularidades existentes no Edital, invocando o art. 51, § 3º da Lei Federal 8.666/93, que estabelece a responsabilidade solidária dos membros das comissões de licitação pelos atos praticados. Apontou, também, a ilegitimidade do consórcio contratado para a apresentação de defesa e a improcedência da preliminar do Senhor Francisco Macena da Silva, eis que havia apresentado defesa nos autos, conforme fls. 175/189. Após, opinou pelo conhecimento dos recursos, eis que tempestivos e, no mérito, encampou a manifestação da área técnica por sua improcedência (fls. 555/559).

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu tempestivos todos os recursos, propugnando pelo seu provimento, no mérito, pelos fundamentos que já expendera às fls. 399/402, para restarem acolhidos a Concorrência 11/2001 e o contrato nº 49/2002 dela decorrente, ou, sucessivamente, fossem aceitos os seus efeitos financeiros (fls. 562).

A Secretaria Geral manifestou-se pelo provimento dos recursos interpostos pelos membros, ex-membros e assessor técnico da Comissão de Licitação da origem, de fls. 450 a 516 dos autos.

Com relação ao recurso do contratado, na qualidade de terceiro interessado, entendeu que o problema de sua intimação obrigatória não se

coloca, em processo que trata apenas da análise de Edital de licitação, como no caso presente.

Por fim, no tocante aos demais recursos interpostos, pela Procuradoria da Fazenda Municipal e pelo Senhor Presidente na época, entendeu que devem ser conhecidos, eis que preencheram todos os requisitos legais e regimentais para a sua admissibilidade e, no mérito, improvidos, por tratarem de questões eminentemente técnicas, suficientemente equacionadas pelos órgãos técnicos desta Corte, mantendo-se o acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

O **TC nº 72.002.906.02-95** cuida da análise do Contrato nº 49/02 que tem por objeto a prestação de serviços de detecção, registro e processamento de imagens de infrações de trânsito, referentes ao desrespeito a velocidade máxima permitida para o local através da utilização de equipamento/sistema barreira eletrônica, avaliando-se a regularidade de sua formalização.

Neste estágio processual, em exame os recursos interpostos contra o acórdão de fls.124/125, que julgou irregular o Contrato 49/2002, firmado pela Companhia de Engenharia de Tráfego com o Consórcio Per-Cons, aplicou aos responsáveis a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais) e determinou a expedição de ofício à Origem, para tomar as medidas administrativas necessárias, inclusive para apurar, mediante procedimento administrativo próprio, a possível prática de conduta irregular dos agentes públicos envolvidos na Concorrência 11/2001, que deu origem ao referido contrato.

Os recursos foram interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 126/129), pelo Consórcio contratado Per-Cons, que alegou cerceamento de defesa por não ter sido intimado para se defender (fls. 131/144), pelo Presidente da época, Sr. Francisco Macena da Silva, que também alegou cerceamento de defesa (fls. 165/170) e pelo Sr. Irineu Gnecco Filho, Superintendente de Desenvolvimento (fls. 171/193).

A AJCE pronunciou-se sobre os recursos, primeiramente argumentando que o Mandado de Segurança invocado pelos recorrentes, que havia considerado regular a Concorrência 11/2001, de que decorreu o Contrato em exame, não esgotara a matéria de competência desta Corte (fls. 197/199).

A Coordenadoria V e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle sustentaram que os argumentos dos recursos não afastaram as constatações dos Relatórios elaborados sobre a Concorrência 11/2001 (fls. 204/207).

A AJCE rebateu a preliminar de cerceamento de defesa arguida pelo Consórcio Per-Cons e pelo Presidente da época.

Argumentou que a condição de terceiro interessado do Consórcio contratado só lhe conferia direitos a partir do seu ingresso no processo, como decidido no precedente TC 9.842.98-04. Aduziu que o Senhor Presidente da época havia sido intimado para oferecer defesa como representante da origem, tornando improcedente a preliminar arguida. Opinou, ainda, pelo conhecimento de todos os recursos, por tempestivos e por seu improvimento, no mérito (fls. 210/214).

A Procuradoria da Fazenda Municipal manifestou-se pelo conhecimento e provimento de todos os recursos e, sucessivamente, pela aceitação dos efeitos financeiros do contrato (fls. 217).

A Secretaria Geral opinou pelo conhecimento dos recursos interpostos, por preencherem os requisitos legais e regimentais de sua admissibilidade e pela rejeição das preliminares de cerceamento de defesa arguidas, bem como, no mérito, pelo seu improvimento, por tratarem de questões eminentemente técnicas, já suficientemente equacionadas pelos órgãos técnicos desta Corte, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, o acórdão recorrido.

O **TC nº 72.005.509.01-20** trata de Representação solicitando apuração da legalidade do procedimento licitatório, Concorrência Pública 11/2001, promovido pela CET, para contratação de Serviços de Detecção, Registro e Processamento de Imagens de Infração de Trânsito referentes ao desrespeito à velocidade máxima permitida através da utilização de equipamento/sistema barreira eletrônica.

Neste estágio processual, a análise dos recursos interpostos contra o acórdão de fls. 212, que julgou procedente em parte a Representação formulada pela empresa SPL Construtora e Pavimentadora Ltda., contra o Edital de Concorrência 11/2001, elaborado pela Companhia de Engenharia de Tráfego, uma vez que a legalidade da exigência de comprovação da capacitação técnico-operacional da empresa, questionada pela Representante, já tinha precedentes neste Tribunal, considerando o alto grau de complexidade dos serviços a serem contratados.

Os recursos foram interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 213/216) e pelo Consórcio afinal contratado PERCONS, que suscitou a preliminar de cerceamento de defesa, por não ter sido intimado a se defender (fls. 217/230).

A AJCE lembrou que a empresa Representada já havia impetrado o Mandado de Segurança nº 053.01.026065.2, perante a 12ª Vara da Fazenda Pública, pelo qual pretendia a suspensão da Concorrência Pública nº 11/2001. A segurança foi denegada com base na análise dos mesmos pontos aventados na presente Representação, tratando, portanto, da mesma matéria, tendo transitado em julgado. Dessa forma, opinou pelo provimento parcial dos recursos interpostos, dado que, em seu mérito, foram integral e definitivamente apreciados pelo Judiciário (fls. 242/245 e vols. De fls. 246/261).

A Senhora Assessora Subchefe e o Sr. Assessor Chefe de Controle Externo acompanharam esse entendimento (fls. 262/263).

A Coordenadoria V e a Subsecretaria de Fiscalização e Controle mantiveram suas conclusões lançadas em Relatórios sobre a irregularidade da Concorrência 11/2001 (fls. 266/267).

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando que a sentença denegatória de segurança impetrada pela própria Representante havia transitado em julgado e que a decisão definitiva, em sede judicial, afetava a instância administrativa, requereu fossem conhecidos e providos os recursos interpostos, para o julgamento da improcedência da Representação em voga (fls. 269).

A AJCE reafirmou sua tese anterior, no sentido da rejeição da presente Representação, tendo em vista que o seu mérito foi julgado pelo Poder Judiciário (fls. 275/277).

A Procuradoria da Fazenda Municipal ratificou sua promoção de fls. 269 (fls. 280).

A Secretaria Geral entendeu que se há de aplicar ao caso concreto a tese do despacho judicial antes referido, propondo seja dado provimento aos recursos interpostos, para o fim de ser declarada prejudicada a Representação em pauta, por falta de interesse de agir superveniente da Representante, com as comunicações de praxe.

Em consequência, prejudicada também ficou a análise da preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo Consórcio contratado, de resto, incabível, em processo que tem por objeto o Edital de Licitação e não o Contrato.

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

Em julgamento englobado os recursos interpostos contra o Venerando Acórdão que julgou irregular a Concorrência nº 11/01, promovido pela Companhia de Engenharia de Tráfego, o Contrato 49/2002, firmado com o Consórcio Per-Cons, bem como julgou procedente em parte a Representação interposta contra o edital da concorrência.

Referida decisão aplicou multa aos responsáveis de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), determinou a apuração de possível prática de conduta irregular dos agentes públicos e não aceitou os efeitos financeiros produzidos.

Preliminarmente ao ingresso no mérito, passo a analisar as alegações de cerceamento de defesa e ilegitimidade de parte suscitadas por parte dos Recorrentes.

Em relação às alegações apresentadas pelo Senhor Francisco Macena da Silva, observa-se dos autos que o Recorrente participou da instrução do processo na qualidade de Presidente da entidade, antes da proclamação do resultado, oferecendo manifestação, inclusive pedido de prorrogação de prazo para resposta, devendo, portanto, ser afastada a alegação de cerceamento de defesa.

Quanto ao alegado pelo Consórcio PER-CONS, destaque-se que a empresa foi intimada da decisão alcançada em Plenário, exercendo o contraditório e a ampla defesa, portanto, não há que se questionar qualquer prejuízo quanto à matéria debatida, de modo que a preliminar de cerceamento de defesa pode ser afastada.

Quanto à ilegitimidade de parte alegada pelos senhores Flávio Murilo Bueno Torres, Luiz de Carvalho Montans e Roselaine Guezini Valente, deixo de acolher os referidos pedidos, tendo em vista que, na condição de membros da Comissão de Licitações, respondem pelas irregularidades existentes no Edital, nos termos do art. 51, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/93.

Ainda em preliminar, acompanho a AJCE e SG, concluindo que as questões discutidas no presente processo vão além da matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário, conforme se depreende da leitura da sentença expedida no Mandado de Segurança nº 053/01/126065-2, impetrado pela Construtora e Pavimentadora Ltda., de modo que a competência desta Corte de Contas não se esgotou para a análise do Edital nº 11/2001 e respectivo contrato, alcançando apenas a Representação.

No que se refere ao mérito, as questões foram detidamente analisadas pelos órgãos técnicos, merecendo destaque os apontamentos que seguem.

A Resolução nº 141, de 03.10.2002, do Conselho Nacional de Trânsito que passou a proibir a forma de remuneração adotada na presente concorrência, foi posteriormente revogada por meio do art. 9º da Resolução nº 146/03, fazendo desaparecer um dos fundamentos da decisão recorrida.

Mesmo assim, a Origem não justificou a adoção do critério de remuneração por preço unitário de AIIPs (Auto de Infração para Imposição de Penalidade), uma vez que a remuneração do serviço era vinculada ao efetivo recebimento das multas e, sendo a remuneração dependente do efetivo pagamento da multa, poderiam os licitantes embutir no preço da proposta a incerteza do recebimento.

O mesmo se pode dizer sobre a ausência de justificativa para as taxas definidas para seguro, manutenção e atualização tecnológica, que a recorrente Per-Cons considera adequadas sem a devida comprovação das ocorrências que menciona.

Também não identifiquei justificativa válida para considerar que o BDI não deveria considerar impostos, despesas legais, encargos financeiros e despesas de capital; a fórmula de cálculo adotada no edital resulta em relação benefícios e despesas indiretas / custos diretos de 77,7%.

Além disso, os relatórios apontaram que a ponderação adotada no edital (70% para a nota técnica e 30% para a nota de preço) afastaria as soluções mais econômicas, sem que estivesse devidamente justificada a opção pela prevalência da técnica, no entanto, as afirmações dos recorrentes também não justificam a opção adotada.

Verifica-se, assim, que as defesas apresentadas não trouxeram fatos novos que pudessem alterar as conclusões alcançadas quanto às irregularidades constatadas nos autos.

Sobre a Representação, ressalto que a empresa Representante impetrou o já citado Mandado de Segurança nº 053.01.026065-2 perante a 12ª Vara da Fazenda Pública, cuja segurança foi denegada com base na análise dos mesmos pontos aventados na exordial da presente Representação.

É sabido, inclusive, que a ação já obteve julgamento definitivo por parte do Poder Judiciário, ocorrido o trânsito em julgado da decisão em 07.02.2006, merecendo, assim, provimento parcial para declarar sua prejudicialidade.

Em que pese a manutenção dos apontamentos nesse momento processual, forçoso reconhecer a ocorrência de prejuízo ao erário decorrente da contratação, eis que ausente qualquer demonstração inequívoca nesse sentido.

Por fim, pondero que a licitação ocorreu no exercício de 2001 e que o transcurso do tempo deve ser reconhecido por esta Corte de Contas para afastar qualquer tipo de penalidade aplicada à época, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, ante a ausência de elementos que configurem culpa, má-fé ou dolo por parte dos servidores responsáveis.

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** dos Recursos interpostos, pois presentes os requisitos regimentais de admissibilidade e, quanto ao mérito, **DOU PROVIMENTO PARCIAL** aos apelos para afastar as multas aplicadas aos responsáveis, bem como declarar prejudicada a análise da Representação por força da noticiada decisão judicial, devendo os efeitos

financeiros do ajuste serem avaliados no TC nº 5.490.04-47, de Relatoria do Conselheiro Maurício Faria.

No mais, o Venerando Acórdão recorrido deve ser mantido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Após as comunicações de praxe, arquivem-se os autos.

VOTO EM SEPARADO proferido pelo Conselheiro Maurício Faria

CONHEÇO dos recursos voluntários interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 399/402), pelo Consórcio Per-Cons, que alegou como preliminar o cerceamento de defesa, eis que não intimado anteriormente para se defender (fls. 404/417), pelo Sr.Francisco Macena da Silva, Presidente da CET na época dos fatos, que invocou a mesma preliminar de cerceamento de defesa (fls. 439/446) e pelos Srs. Francisco Tadeu Gonçalves e Maurício Régio, membros da Comissão de Licitação (fls. 450/474), Flávio Murilo Bueno Torres, assessor Técnico da Comissão de Licitação (fls. 475/486), Mario Frederico Junior, membro da referida Comissão (fls. 488/495), Roselaine Guezini Valente, ex-presidente da Comissão (fls. 496/504), Rosana Gloria de Senna, presidente do certame (fls. 506/514) e Luiz de Carvalho Montans, membro da Comissão de Licitação (fls. 515/516), todos esses últimos contrapondo-se à pena de multa que lhes foi aplicada, embora não nominalmente identificados no acórdão recorrido, pois preenchidos os requisitos de admissibilidade

Em relação à preliminar de cerceamento de defesa por ausência de intimação durante a instrução processual suscitada pelo Consórcio Per-Cons e pelo Sr. Francisco Macena da Silva, observa-se que o Consórcio contratado somente foi intimado após a prolação do acórdão, não tendo participado da fase de instrução do processo, o que não lhe permitiu o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

Em coerência com diversos outros precedentes, em meu entender a situação estampada no exame do caso concreto demonstra a existência de questão de ordem pública atinente ao atendimento do princípio do devido processo legal, podendo, assim ser apreciada, por sua natureza, a qualquer momento, por qualquer instância, conforme previsto no art. 337, §5.º, do Código de Processo Civil vigente, aplicável, subsidiariamente, aos processos desta Corte.

Além de expressa previsão constitucional, o exercício da ampla defesa tem referência no artigo 121 do Regimento Interno desta Corte e envolve a garantia de participação das partes em todas as etapas do processo, de forma que a oportunidade de apresentação de alegações de defesa ou justificativas de prática do ato deve ser concedida ao responsável tão logo apontada, pelos

órgãos técnicos, qualquer irregularidade ou ilegalidade (artigos 122 e 123 do Regimento Interno), e não apenas em fase recursal.

Nesse sentido, trago à colação manifestação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em relação à decisão desta Corte de Contas, confirmando a sentença que decretou a nulidade do processo administrativo[1] por ausência de ampla defesa na fase de instrução processual:

> "APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA – Parecer do Tribunal de Contas, condenando o autor a restituir aos cofres públicos o prejuízo apurado – **Interposição de recurso perante o Tribunal de Contas que não supre a ausência de ampla defesa** – Ofício expedido pela Municipalidade determinando a restituição do valor, sob pena de inscrição na dívida ativa – Ilegalidade – **Ausência de regular processo administrativo – Formalidades legais não observadas – Ato condicionado a prévio procedimento administrativo, com direito a ampla defesa e ao contraditório,** nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Manifestação perante o Tribunal de Contas, que não justifica a ausência de oportunidade de defesa em sede administrativa – Atos diversos, cujas consequências também o são – Manutenção da r. sentença impugnada, que decretou a nulidade do processo administrativo – Improvimento aos recursos oficial e voluntário interposto pela Municipalidade." (Grifos nossos).

E, na mesma linha, a orientação já traçada pelo Supremo Tribunal Federal, reforçando a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, concluindo pela lesividade de deliberação administrativa que suprima a devida observância do "due process of law"[2] , cuja ementa segue abaixo:

> "CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (INCISOS II E III DO ART. 88 DA LEI Nº 8.666/1993) – ATO DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA – PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO INSTAURADO PERANTE A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO "DUE

[1] 1 Apelação Cível n.º 585.295-5/0-00, Relator Desembargador Prado Pereira, Décima Segunda Câmara - Seção de Direito Público, DJ 04.03.2009.
[2] RMS 28517-AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 30.04.2014

> PROCESS OF LAW" – PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO – O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o 'due process of law', nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.
> (...)
> - O fato de o Poder Público considerar suficientes os elementos de informação produzidos no procedimento administrativo não legitima nem autoriza a adoção, pelo órgão estatal competente, de medidas que, tomadas em detrimento daquele que sofre a persecução administrativa, culminem por frustrar a possibilidade de o próprio interessado produzir as provas que repute indispensáveis à demonstração de suas alegações e que entenda essenciais à condução de sua defesa.
> - Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do 'due process' a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração. Doutrina. Jurisprudência."

Cite-se, por fim, a recente decisão do STF que tem, por consequência, a manutenção de sentença de 1º grau que julgou procedente o pedido da empresa autora que questionou a ausência de intimação durante a instrução processual, visto que "enquanto parte em contrato celebrado com a Municipalidade, também deve ser parte em eventual procedimento administrativo instaurado perante o TCMSP, pois, ainda que terceiro, poderá ser juridicamente afetado pela decisão proferida" (Ag. Reg no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.299.064 – 1ª Turma – Rel. Min Rosa Weber 05/11/2019 – Processo Originário **1012297-09.2013.8.26.0053**).

Feitas essas considerações, **VOTO PELA ANULAÇÃO DO JULGADO,** retornando-se os autos à Relatoria de origem para seguimento a partir do iter processual correspondente à intimação dos responsáveis por eventuais irregularidades mencionadas no relatório de Auditoria.

Por estas razões deixo de apreciar o mérito dos recursos interpostos, posto que prejudicados.

1º Julgado

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

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 Contrato 49/2002, deixando de aceitar os efeitos financeiros por ele produzidos.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, tendo em vista as irregularidades apontadas nos autos, em aplicar, aos responsáveis, a multa de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar que seja oficiada à Origem, remetendo-lhe cópia do presente julgado, bem assim do relatório e voto do Relator, para a tomada das medidas administrativas que se fizerem necessárias, inclusive para o efeito de apurar, mediante procedimento administrativo próprio, a possível prática de conduta irregular dos agentes públicos que se envolveram na Concorrência 11/2001, que deu origem ao referido contrato.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, consoante proposta do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, em determinar o envio de ofício, acompanhado do relatório e voto do Relator e do presente Acórdão, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito e à Câmara Municipal, para ciência.

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, 31 de agosto de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EDSON SIMÕES
Relator.

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuida o presente do acompanhamento da Concorrência número 11/01, realizada pela Companhia de Engenharia de Tráfego, para analisar o edital quanto aos aspectos legais e formais referentes à prestação de serviços de detecção, registro e processamento de imagens de infração de trânsito referentes ao desrespeito à velocidade máxima permitida para o local, através da utilização de equipamento, sistema barreira eletrônica.

Os Órgãos Técnicos deste Tribunal, ao procederem à análise do edital, concluíram que a Origem deveria rever alguns pontos do edital, quais sejam:

1) reduzir a taxa de atualização pelos serviços prestados, passando a considerar a mesma utilizada na remuneração do capital – 12% (doze por cento) ao ano;

2) retirar, da fórmula de apuração do valor estimado a ser pago por multa detectada, a previsão de um período médio de 7 (sete) meses, passando a atualizar o valor da multa pelo efetivo período transcorrido entre o momento da detecção e o efetivo pagamento da multa por excesso de velocidade;

3) alterar os índices de ponderação de 'técnica' – 70% (setenta por cento) e 'preço' – 30% (trinta por cento), reduzindo a preponderância do fator técnico, no sentido de propiciar melhores chances de vitória a empresas capazes de praticar preços menores e, portanto, mais vantajosos para a Administração;

4) rever as seguintes taxas adotadas no orçamento estimativo da CET – Companhia de Engenharia de Tráfego, que não estão justificadas tecnicamente: encargos sociais para mão-de-obra contratada em regime mensalista, seguro de equipamentos, atualização tecnológica e manutenção de equipamentos;

5) rever as despesas indiretas, uma vez que, além do BDI – Benefícios e Despesas Indiretas, informado de 30% (trinta por cento), o orçamento estimativo contém parcelas relativas a impostos, despesas legais, encargos financeiros e remuneração do capital que, somadas, elevam as despesas

indiretas a aproximadamente 77,7% (setenta e sete vírgula sete por cento) dos custos diretos orçados;

6) alterar a forma de pagamento prevista no edital (remuneração com base na quantidade de multas recebidas no mês pela Secretaria Municipal de Finanças), que induz as licitantes a embutir, em seus preços propostos, as incertezas de não receber pela totalidade das notificações que gerar, ou seja, pelos serviços prestados;

7) prever qual será o valor de remuneração de um Auto de Infração para Imposição de Penalidade, na hipótese de ocorrer prorrogação do prazo contratual;

8) tornar claro no edital se a comprovação de capacitação técnica deve ser feita em nome da empresa ou de seus técnicos;

9) revisar os critérios da nota da proposta técnica, uma vez que a mesma é composta por alguns fatores que privilegiam empresas que tenham instalado acima de 50 (cinqüenta) equipamentos de detecção ou tenham realizado mais que 300.000 (trezentas mil) notificações, fatores pouco significativos para apurar a capacidade técnica da empresa;

10) definir precisamente o índice mais adequado para o reajuste de preços.

É entendimento da área de Economia que a Origem poderia optar por um índice composto, de acordo com a ponderação dos insumos no custo total do produto;

11) a ponderação adotada para as propostas técnica e preço não atende ao princípio da economicidade;

12) a fixação do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) de 30% (trinta por cento) já deveria incluir os encargos financeiros, não se justificando a sua discriminação à parte, na planilha de custos estimados (folhas 152/170).

A Assessoria Jurídica de Controle Externo aduziu que, quanto à inconformidade da Auditoria (item 06 acima) com o critério adotado para a forma de pagamento, não vislumbrou ilegalidade, pois restaram atendidas todas as imposições do artigo 40 da Lei 8.666/93.

Em relação ao inciso XIV do mesmo artigo, entendeu que não há descumprimento algum de seu texto, isto porque considerou a Origem que o prazo de pagamento não deverá ser superior a 30 (trinta) dias da data do recolhimento da multa. Portanto, para a CET – Companhia de Engenharia de Tráfego, a data final do período de adimplemento é o efetivo recolhimento da multa.

Assim, concluiu que o critério de pagamento não está em desconformidade com o texto legal, bem como não ficou demonstrado prejuízo à Municipalidade com a adoção desse critério (folha 171).

Após as justificativas prestadas pela CET – Companhia de Engenharia de Tráfego sobre os aspectos apontados no relatório, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle não encontrou argumentos que justifiquem a adoção de critérios que privilegiem os fatores de 'técnica' e 'preço', reiterando seu posicionamento a engenharia e a economia.

A Assessoria Jurídica entendeu que as questões submetidas à análise são de natureza contábil, explanada pela competente área técnica. Juntou cópia da manifestação exarada no TC número 5.509.01-20, ora acompanhante, que cuidou da análise da representação formulada contra o edital de licitação, objeto destes autos (folhas 204/215).

Realizadas diligências no departamento jurídico da CET (Companhia de Engenharia de Tráfego), a fim de obter informações sobre os mandados de segurança distribuídos sobre as Concorrências números 10, 11 e 12, informou a Assessora Técnica que a SPL Construtora e Pavimentadora impetrou mandado de segurança com objetivo de suspender a presente licitação, estando em fase de julgamento.

Esclareceu que a licitação transcorreu até o final, tendo sido homologada a decisão da Comissão e adjudicado o seu objeto.

Em prosseguimento aos exames de acompanhamento do certame, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle constatou que o procedimento formal adotado pela CET (Companhia de Engenharia de Tráfego) na condução da concorrência encontrava-se regular desde a abertura dos envelopes até a homologação, apesar das diversas impropriedades apontadas no relatório dos Órgãos Técnicos desta Corte, que não foram sanadas.

Assim, concluiu pela irregularidade da presente licitação (folhas 288/291).

Informou que o certame deu origem ao Contrato número 49/02, cuja publicação ocorreu no Diário Oficial da Cidade de São Paulo de 27/06/02, pelo valor total de R$ 43.578.000,00 (quarenta e três milhões, quinhentos e setenta e oito mil reais), pelo período de 36 (trinta e seis) meses, restando pendente o mandado de segurança interposto no Tribunal de Justiça.

Diante do acrescido, a Assessoria Jurídica reiterou seu posicionamento pela irregularidade da licitação (folhas 318/327).

Intimada, a Origem apresentou suas justificativas a respeito das irregularidades apontadas nos autos, que foram submetidas à

apreciação dos Órgãos Técnicos, que mantiveram suas conclusões anteriormente exaradas.

A Engenharia registrou que a ponderação adotada de 70% (setenta por cento), para 'técnica' e 30% (trinta por cento) para 'preço' não foi justificada pela Origem, apesar de a legislação estabelecer a possibilidade de pesos diferenciados.

Porém, os índices adotados não influenciaram no resultado da licitação, uma vez que foi habilitada uma única concorrente (folhas 360/369).

Acompanhou a Assessoria Jurídica os técnicos deste Tribunal, tendo em vista tratar o presente de matéria de natureza econômico-orçamentária.

Sob o aspecto jurídico, informou que, com relação ao critério de pagamento adotado que teve por parâmetro as multas efetivamente recebidas, essa forma de remuneração à contratada foi condenada pela Resolução do CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito, proibindo a formalização de novos contratos nos moldes vigentes (folhas 372/376).

A Procuradoria da Fazenda Municipal salientou que não deve ser rejeitada a concorrência, pelo fato de a Origem não ter procedido às alterações no edital, tendo a mesma discricionariedade em decidir sobre aquilo que lhe compete. Opinou pelo acolhimento da licitação (folhas 380/382).

Na esteira dos Órgãos Técnicos deste Tribunal, a Secretaria Geral opinou no sentido da irregularidade da licitação, também em razão de prever-se pagamento, à empresa contratada, de valor proporcional às multas arrecadadas, o que se afigura contrário aos princípios que norteiam a atividade administrativa e o poder de polícia (folhas 384/385).

Por oportuno, saliento que o TC número 5.509.01-20 acompanha o presente e cuida da Representação da SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA., concluindo os Órgãos Técnicos deste Tribunal e a Secretaria Geral pela procedência parcial da mesma, uma vez que esta questionou a legalidade da exigência de comprovação da capacitação técnico-operacional da empresa e esta matéria já tem precedentes no Tribunal (TCs números 7.845.99-02 e 565.00-33), declarando como correta a exigência desta comprovação, considerando a complexidade operacional dos serviços.

Considerando toda a orientação jurisprudencial e doutrinária, a Assessora Subchefe da Jurídica reconheceu que não podem ser dispensados o conhecimento técnico especializado e a comprovação de experiência e capacitação operativa para cumprir o objeto do contrato.

As demais áreas técnicas desta Corte não se insurgiram contra os quantitativos exigidos, tão-somente consideraram que o objeto da concorrência não detém o alto grau de complexidade alegado.

Concluiu a especializada pela improcedência da Representação no que diz respeito à exigência da capacitação técnico-operacional, pelas razões acima expostas.

Quanto ao item referente ao pagamento atrelado ao da infração, também não procede, à vista do explanado no TC número 5.039.01-69. Improcedente, ainda, quanto ao item que estipula o pagamento dos serviços prestados, após o término do período contratual previsto no edital, por entender que o período estipulado de 24 (vinte e quatro) meses como limite para pagamento dos serviços é adequado e já deve ser considerado quando da elaboração da proposta.

Ademais, a Representação não procede quanto ao item referente ao inadimplemento previsto no edital, considerando que a imposição de multa à Administração, pelo atraso no pagamento, tem previsão legal e, embora não haja estipulação de cláusula penal, não está afastada a possibilidade de pagamento de indenização, com aplicação de correção monetária.

Em relação ao demais itens abordados na Representação, opinou pela procedência da mesma.

Quanto ao TC número 2.906.02-95, que também acompanha o presente e cuidou do Contrato número 49/02, as análises dos Órgãos Técnicos e da Secretaria Geral foram no sentido da irregularidade do presente, em razão das diversas impropriedades apontadas na análise do edital e não acatadas pela Origem.

É o relatório.

VOTO ENGLOBADO

Os aspectos sobre o edital da Concorrência número 11/01, tipo técnica e preço, foram minuciosamente abordados no relatório da equipe multidisciplinar, quanto à economicidade e legitimidade.

Senão vejamos.

Os Órgãos Técnicos entenderam que a descrição do sistema a ser instalado contém os elementos necessários à compreensão do objeto.

Restou demonstrado que o orçamento estimado pela Origem foi calculado com base em composições de preços unitários.

Entretanto, ficou evidenciado nos autos que o edital padece de vícios em alguns pontos, que não foram revistos pela Origem, na época oportuna, quando da análise dos técnicos deste Tribunal, tendo em vista que apontaram as seguintes irregularidades:

a) a taxa de 2,5% (dois vírgula cinco por cento), como fator de atualização pelos serviços prestados, foi excessiva, ao analisar a memória de cálculo que serviu de base para a elaboração do orçamento estimado;

b) a previsão de um período médio de 7 (sete) meses na fórmula de apuração do valor estimado a ser pago por multa detectada.

Tal período adotado parte da premissa de ser este, em média, o prazo médio transcorrido entre o momento da detecção do veículo por excesso de velocidade e o efetivo pagamento da multa;

c) o critério de julgamento determina que a classificação final seja obtida de uma ponderação das propostas de técnica e de preço, calculada de forma que confere à avaliação técnica, com peso de 70% (setenta por cento), um percentual decisivo na escolha da proposta vencedora do certame, reduzindo as chances de vitória de empresas capazes de oferecer o serviço, praticando preços menores, atendendo ao princípio da economicidade;

d) imprópria a previsão da aplicação da taxa de 124,46% (cento e vinte e quatro vírgula quarenta e seis por cento) de encargos sociais para a mão-de-obra contratada em regime mensalista, assim como não justificada a taxa de risco adotada de 2,5% (dois e meio por cento) ao mês, relativa ao seguro dos equipamentos de detecção, à taxa de atualização tecnológica para os referidos equipamentos que permanecerão como propriedade da contratada e à taxa de 5,0% (cinco por cento) de manutenção dos equipamentos, pois essa manutenção terá um custo equivalente à aquisição de outros 180 (cento e oitenta) novos conjuntos;

e) não detalhados no edital as parcelas de impostos, despesas legais, encargos financeiros e despesas de capital para compor o BDI – Benefícios e Despesas Indiretas;

f) a forma de pagamento dos serviços prestados, prevista no edital, não assegura o pagamento pelos serviços efetivamente prestados pela licitante vencedora, uma vez que será remunerada com base em quantidade de multas recebidas no mês pela Secretaria Municipal de Finanças, acarretando a elevação do preço do auto de infração estimado pela CET (Companhia de Engenharia de Tráfego), posto que induziriam as licitantes a embutir nos preços as incertezas de não receber pela totalidade das notificações;

g) não previsão do valor da remuneração na hipótese de prorrogação do prazo contratual, uma vez que o edital indica que a remuneração (preço máximo do auto de infração para imposição de penalidade – AIIP) terá como

parâmetro a produção de 30.000 (trinta mil) multas/mês, pois o valor do auto deve ser reavaliado, visto que o orçamento estimativo, que determinou o valor unitário do auto, considerou os custos e o número de notificações recebidas no prazo de 36 (trinta e seis) meses;

h) quanto ao critério de julgamento das propostas, estabeleceu o edital que a atribuição de notas para as propostas técnicas consistirá na avaliação de itens e pode privilegiar um número restrito de empresas nos itens relacionados com experiência anterior da licitante;

i) falta de definição precisa do índice mais adequado para o reajuste de preços, visto que o índice adotado deve considerar, em sua composição, os mesmos insumos utilizados no produto ou serviço que terá seu valor reajustado;

j) não detalhada a taxa de BDI (Benefícios e Despesas Indiretas), sendo injustificada a porcentagem de 30% (trinta por cento) adotada no orçamento estimativo da Origem, que balizou o preço máximo para a unidade de auto de infração, previstas parcelas relativas a encargos financeiros e a remuneração do capital.

No que se refere à exigência da capacitação técnica das empresas, conforme salientado pela Assessoria Jurídica deste Tribunal, em situações semelhantes, entendeu que a exigência de atestados ou certidões de desempenho anterior em nome da empresa é possível.

A exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional só é tolerável quando o objeto da contratação envolver alta complexidade técnica.

Assim, para a contratada cumprir o objeto do contrato, não podem ser dispensados o conhecimento técnico especializado e a comprovação de experiência e capacitação operativa das empresas licitantes.

Assinala-se que a forma de remuneração prevista no presente caso dos serviços prestados foi rejeitada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e proibida pela Resolução número 141 de 3/10/02, do CONTRAN – Conselho Nacional de Trânsito, que dispõe em seu artigo 19:

> ‘O comprovante de infração a que se refere esta Resolução, emitido por aparelho, por equipamento ou por qualquer outro meio tecnológico, se disponibilizado ao órgão ou entidade de trânsito, em virtude de contrato celebrado com terceiros, com cláusula que estabeleça remuneração com base em percentual ou na quantidade das multas aplicada, não poderá servir para imposição da

penalidade, devendo somente ser utilizado para auxiliar a gestão de trânsito'.

As diversas impropriedades citadas e apontadas no relatório de acompanhamento do edital não foram sanadas, acarretando a irregularidade da licitação.

Por consequência, o contrato decorrente da concorrência está contaminado em sua essência, razão pela qual também está irregular.

Diante de todo o exposto, acompanho o entendimento dos Órgãos Técnicos deste Tribunal e da Secretaria Geral, que ficam fazendo parte integrante do meu voto, no sentido da IRREGULARIDADE DA CONCORRÊNCIA número 11/01, eis que eivada de vícios insanáveis, bem como do CONTRATO número 49/02, dela decorrente, tratada no TC número 2.906.02-95, deixando de aceitar os efeitos financeiros por ele produzidos.

Em consequência, APLICO aos responsáveis a MULTA de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), tendo em vista as irregularidades apontadas, com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei 9.167/80.

Determino que seja oficiada à Origem, remetendo-lhe cópia do presente julgado, para a tomada das medidas administrativas que se fizerem necessárias, inclusive para o efeito de apurar, mediante procedimento administrativo próprio, a possível prática de conduta irregular dos agentes públicos que se envolveram no presente.

Em relação à REPRESENTAÇÃO analisada no TC número 5.509.01-20, na esteira das manifestações constantes dos autos, CONHEÇO-A e JULGO PROCEDENTE EM PARTE, uma vez que a legalidade da exigência da comprovação da capacitação técnico-operacional da empresa já tem precedentes neste Tribunal, considerando o alto grau de complexidade dos serviços.

Dê-se ciência, à empresa Representante, da presente decisão, à Câmara Municipal, ao Excelentíssimo Senhor Prefeito e ao Presidente da Companhia de Engenharia de Tráfego – CET.

Em atenção aos ofícios recebidos do Ministério Público do Estado de São Paulo, durante a instrução processual, envie-se cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário, para ciência.