TC nº 72-003.267.05-46

ANÁLISE. CONTRATO. SME. Serviços de transporte de alunos e funcionários, com fornecimento de ônibus, combustível e motorista. Acessoriedade. IRREGULAR. Votação por maioria. EFEITOS FINANCEIROS ACEITOS. Votação unânime.

Legislação citada: Art. 30, § 6º, Lei 8.666/93**.**

TC citado 72.002.829.02-46

Relatório e voto englobado 72.003.268.05-09

2.745ª Sessão Ordinária

Transito em julgado: 08/07/2015

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados englobadamente com o TC 72.003.268.05-09 e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDSON SIMÕES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, com relatório e voto, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI, em julgar irregular o Contrato 43/SME/2005 por acessoriedade.

Vencido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA que, nos termos do voto proferido em separado, julgou regular o ajuste.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em aceitar os efeitos financeiros produzido pelo ajuste, considerando a ausência nos autos de comprovação de prejuízo ao erário, sendo que os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, JOÃO ANTONIO – Revisor e DOMINGOS DISSEI o fizeram em caráter excepcional.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar que, após o cumprimento das formalidades legais, se arquivem estes autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros JOÃO ANTONIO – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de junho de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

EDSON SIMÕES
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Cuidam os autos do **TC 3.268/05-09** da análise da CONCORRÊNCIA Nº 06/SME/2004 para REGISTRO DE PREÇOS e do TERMO DE CONTRATO N º 42/SME/05 para serviços de transporte de alunos e funcionários da rede municipal de ensino, quando em participação em eventos, com fornecimento de ônibus, combustível e motoristas.

De acordo com o edital do pleito, foi estabelecida a divisão da Cidade de São Paulo em sete lotes, tendo sido adjudicados e homologados os LOTES nº 01, 03 e 04 às empresas: JWA TRANSPORTADORA TURÍSTICA LTDA.; AÇÃO TRANSPORTES E TURISMO LTDA; e TRANSPORTADORA TURÍSTICA BENFICA LTDA., respectivamente. O certame foi declarado prejudicado, por ausência de propostas válidas, em relação aos LOTES 02, 05,06 e07.
(folhas 18/75 e 76/96)

O TERMO DE CONTRATO Nº 42/SME/05, firmado com base na ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 05/SME/2005 com a empresa JWA TRANSPORTADORA TURÍSTICA LTDA, apresenta o valor de R$ 424.800,00 (quatrocentos e vinte e quatro mil e oitocentos reais) e previsão de realização de 1.180 viagens. (folhas 104/114 e 151/158)

A Coordenadoria IV manifestou-se no sentido da irregularidade da Concorrência, por haver o edital exigido dos licitantes a comprovação do certificado de propriedade dos veículos destinados à prestação dos serviços, exigência essa que contraria o disposto no parágrafo 6º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, e irregularidade do CONTRATO, por suceder certame irregular.
(folhas 160/168)

Os membros integrantes da Comissão encarregada do julgamento do Procedimento Licitatório e o Ordenador do Contrato foram intimados para oferecimento de defesas, bem como a Origem para apresentação de justificativas. (folhas 181, 190, 192, 196, 200)

Regularmente intimados, deixaram de se manifestar dois integrantes da Comissão, tendo os demais apresentado Defesas de idêntico teor,

nas quais como principal argumento sustentaram a tese de que é aplicável o artigo 30, parágrafo 6º, da Lei 8.666/93 em licitações cujo objeto se refere a obras e serviços de engenharia. Para confirmar aludida interpretação, anexaram cópia reprográfica de Sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 9ª Vara da Fazenda Pública, na qual foi considerada legítima a exigência editalícia questionada pela Coordenadoria IV. (folha 242)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou o parecer da Coordenadoria IV, e concluiu pela irregularidade dos atos praticados pela Origem por entender ser ilegal a exigência, para efeito de habilitação, aduzindo ser suficiente que os interessados comprovem a propriedade de bens e equipamentos essenciais para o cumprimento dos contratos. Acrescentou inexistir justificativa razoável para aludida obrigação, pois é suficiente simples apresentação de declaração formal de disponibilidade dos bens, sendo passível a comprovação da propriedade ou posse ser implementada tão somente pelo vencedor do pleito.

Ressaltou constituir referido requisito condição restritiva ao acesso de licitantes, em ofensa ao "objetivo constitucional da garantia do amplo acesso de licitantes, no pleito, ferindo assim, especialmente o princípio da isonomia", previsto no artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Íntegra do parecer:

"Das defesas apresentadas, há que se destacar:

a) a Origem reconheceu a infração ao § 1º do artigo 2º da Instrução nº 01/02 desta C. Corte – às fls. 200, pelo chefe de Gabinete, Sr. Hélio Neves, e às fls. 232, pelo então Secretário da SVMA, Sr. Adriano Diogo;

b) relativamente à escolha da Fundação contratada, entendo ter sido justificada, conforme parecer jurídico de fls. 129/135;

c) no que tange à ausência de pesquisa de preços, a Origem limitou-se a argumentar sobre o pioneirismo do projeto, entendendo 'que não há parâmetro para qualquer comparação'.

Entretanto, razão não lhe assiste, na medida em que, no próprio item 20, da defesa de fls. 230/237, há declaração expressa da existência de outros projetos desenvolvidos pela contratada em outras metrópoles, citando a recuperação das Praias de Santos e a da Bacia do Guarapiranga, que poderiam servir de parâmetro para a constatação de preços, sem contar a existência de inúmeras empresas no mercado em condições de realizar os serviços contratados, conforme apontado pelos auditores (fls. 252vº).

Outrossim, o detalhamento do orçamento apresentado para a realização dos trabalhos, não se confunde com a pesquisa de preços praticados no mercado.

d) Relativamente à regularidade da Fundação no FGTS à época da assinatura do contrato, também não foi comprovada, remanescendo a infração ao artigo 2º da Lei Federal 9.012/95.

Ante o exposto, inexistindo argumentos e documentação eficazes para alterar as situações constatadas, reitero a conclusão de irregularidade da contratação por infringência ao § único, inciso III, do artigo 26, da Lei Federal 8.666/93 e à infração ao artigo 2º, da Lei Federal 9.012/95".

(folhas 245/249 e 252)

A Procuradoria da Fazenda Municipal opinou no sentido da regularidade da Concorrência e do Contrato, tecendo críticas ao artigo 30, parágrafo 6º, da Lei nº 8.666/93, pois entendeu haver a Origem agido com prudência ao exigir dos licitantes a demonstração da propriedade dos veículos, a fim de acautelar o cumprimento dos futuros Contratos.

Aduziu não ter se caracterizado desatendimento ao artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, ante a demonstração de participação de cinco licitantes, esclarecendo que a "exigência em debate não é o fator determinante do processo licitatório a ponto de atribuir-lhe o caráter restritivo".

A Secretaria Geral manifestou-se em defesa da irregularidade da Concorrência e do Contrato, ao afirmar que este Tribunal já enfrentou a matéria questionada pela Auditoria e decidiu, no **TC nº 2.829.02-46**, pela ilegalidade da exigência de prévia comprovação de propriedade dos veículos para fim de habilitação no certame.

Ressaltou ter ficado consignado no Acórdão prolatado que, para efeito de habilitação, basta que a empresa interessada exiba relação e declaração formal de disponibilidade do equipamento, pois a exigência de referida comprovação de propriedade mostra-se vedada pelo texto do artigo 30, parágrafo 6º, da Lei 8.666/93, na medida em que esta restringe a participação de interessados, ferindo o caráter competitivo do certame.

Destacou que o assunto já é objeto da Súmula 14 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, e assentada no seguinte: "Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno".

Concluiu pela irregularidade da Concorrência e do Contrato, por força do princípio da acessoriedade, deixando, a critério superior, a aceitação dos efeitos financeiros da Avença, por não se vislumbrar nos autos indícios de dolo ou má-fé dos agentes públicos, nos seguintes termos:

"Esta E. Corte de Contas já teve oportunidade de julgar a matéria objeto da irregularidade apontada, nos autos do TC 72.002.829.02-46, cuja ementa ora se transcreve:

'Acompanhamento de edital – concorrência – menor preço – irregularidade da exigência de prévia comprovação de propriedade dos veículos para fins habilitatórios – irregularidade quanto ao preço mínimo estabelecido por veículo – preço superior ao praticado no mercado – conhecido o acompanhamento do edital – art. 40, inciso X da Lei Federal 8.66/93 – art. 30, § 6º da Lei Federal 8.66/93'. g.n

No referido julgamento ficou estabelecido que a exigência de prévia comprovação de propriedade dos veículos, consignada no Edital, contraria efetivamente o disposto no § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, pois, para fins de participação no certame, basta que a empresa interessada apresente relação e declaração formal da disponibilidade do equipamento, uma vez que a exigência da comprovação de propriedade do mesmo, em fase licitatória, se mostra vedada pelo texto legal.

De fato, a referida exigência pode ter o condão de restringir a participação de interessados, ferindo o caráter competitivo do certame.

Carlos Ari Sundfeld, ao escrever sobre essa matéria leciona que 'não se pode exigir que o licitante seja proprietário dos bens e das instalações a serem empregadas, tampouco que esses bens já estejam localizados no local da execução. Interessa, apenas, saber se ele demonstra que, no momento adequado, terá condições de dispor das instalações e equipamentos necessários'.

Destaca-se que essa matéria já foi objeto de Súmula perante o E. Tribunal de Contas deste Estado de São Paulo, no qual restou assentado que: 'Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno'. (Súmula 14)

Portanto, ao impor a apresentação de certificado de propriedade como condição para participar da licitação, a Administração ultrapassou o limite legal, infringido o parágrafo 6º do artigo 30 da Lei 8.666/93, alijando eventuais interessados que poderiam perfeitamente, na hipótese da adjudicação, disponibilizar os veículos necessários, maculando, assim, o procedimento licitatório e, por consequência, os contratos dele decorrentes, por força do princípio da acessoriedade.

Pelo exposto, perfilho do mesmo posicionamento das áreas técnicas e, opino pela irregularidade da concorrência nº 06/SME/2004 e

do contrato de nº 42/SME/2005, deixando a critério de V.Exa., a aceitação dos efeitos financeiros, por não constar nos autos elementos que indiquem a presença de dolo ou má-fé e, pelo princípio da segurança jurídica das relações".

O **TC 3.267/05-46**, julgado de forma conjunta, cuida da análise do TERMO DE CONTRATO Nº 43/SME/2005, também decorrente da ATA DE REGISTRO DE PREÇOS Nº 07/SME/2005, estabelecido entre a SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO e a TRANSPORTADORA TURÍSTICA BENFICA LTDA., no valor de R$ 486.000,00 (quatrocentos e oitenta e seis mil reais), tendo por objeto a prestação de serviços de transporte de alunos e funcionários da Rede Municipal de Ensino, quando em participação em eventos, com fornecimento de ônibus, combustível e motoristas. (folhas 22/28)

A Coordenadoria IV manifestou-se no sentido da irregularidade da Concorrência nº 06/SME/2004, que é objeto do **TC º 3.268/05/-09**, por haver o edital obrigado os licitantes à exibição do certificado de propriedade dos veículos destinados à prestação dos serviços, exigência essa que contraria o disposto no parágrafo 6º do artigo 30 da Lei Federal n º 8.666/93, e irregularidade do CONTRATO nº 43/SME/2005, por suceder certame irregular. Também afirmou ter havido infringência ao artigo 26 da Lei Municipal nº 13.278/02, por ter ocorrido atraso da publicação da Avença no Diário Oficial da Cidade.(folhas 30/32 e 33)

O Ordenador do Contrato foi intimado para oferecimento de defesa, assim como a Origem para apresentação de justificativas a respeito do assunto. (folhas 40/ 41 e 42/48)

Regularmente intimado, o Ordenador do Ajuste apresentou Defesa e a Secretaria Municipal de Educação justificativas, cujo principal argumento foi no sentido de que apenas é aplicável o disposto no artigo 30, parágrafo 6º, da Lei 8.666/93 em licitações cujo objeto diz respeito a obras e serviços de engenharia. (folhas 42/48)

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou o parecer da Coordenadoria IV e concluiu pela irregularidade do AJUSTE, entendendo ser ilegal a exigência, para efeito de habilitação, de que os interessados comprovem a propriedade de bens e equipamentos essenciais para o cumprimento dos contratos. Acrescentou inexistir justificativa razoável para o fim em apreço, pois entende suficiente a apresentação de simples declaração formal de disponibilidade dos respectivos bens e equipamentos, sendo passível a comprovação de a propriedade ou posse ser efetivada, unicamente, pelo vencedor do pleito.

No tocante ao atraso da publicação do extrato do Contrato no Diário Oficial, entendeu que, não obstante caracterizada a referida extemporaneidade, esta tem caráter meramente formal, passível de relevação, haja vista não afetar a validade do Ajuste, apto a produzir todos seus efeitos de Direito.

Íntegra do parecer da Assessoria Jurídica:

"*No tocante ao atraso da publicação do extrato do contrato, violando o artigo 26, da Lei Municipal nº 13.278/02, não obstante caracterizada referida extemporaneidade, entendemos tratar-se de falha que possa ser relevada, haja vista que a publicação, ainda que tardia, possibilita que o ato passe a ser apto a produzir todos os efeitos de direito, não afetando a validade do ajuste.*

Cumpre observar o fato da presente contratação suceder a Concorrência, a qual foi considerada irregular, tendo em vista a violação ao parágrafo 6º, do artigo 30, da Lei Federal nº 8.666/93, pela exigência de propriedade de veículos na fase de habilitação, contida no item 9.2.2 do Edital.

Assim, entendemos que segundo o princípio da acessoriedade, o qual a sorte do acessório deve seguir a do principal, o Contrato nº 43/SME/2005 é irregular. Desta feita, o ajuste 'sub examine' encontra-se maculado pela impropriedade do certame licitatório que o antecedeu.

Pelo exposto, ratificamos as conclusões alcançadas pela Especializada e opinamos pela irregularidade do Contrato nº 43/SME/2005".

A Procuradoria da Fazenda Municipal permitiu-se discordar dos pronunciamentos exarados nos autos, uma vez que se reportou ao posicionamento sobre a matéria manifestado no **TC nº 3.288.05-09,** no qual opinou no sentido da regularidade dos atos praticados pela Origem.

A Secretaria Geral manifestou-se em defesa da irregularidade do Contrato, destacando que, em razão do caráter formal da intempestividade da publicação do extrato do Contrato no Diário Oficial, a falha pode ser relevada, reportando-se ao afirmado no parecer constante do **TC nº 3.268/05-09**, no qual está salientado haver este Tribunal enfrentado a matéria e decidido, no **TC nº 2.829.02-46**, pela ilegalidade da exigência de prévia comprovação de propriedade dos veículos para fim de habilitação no certame, nos seguintes termos:

"A licitação, na modalidade concorrência para registro de preços, foi analisada no TC 3.268.05-09, no qual os órgãos técnicos opinaram pela irregularidade do certame, tendo em vista o descumprimento ao artigo 30, §6º da Lei 8.666/93.

Acompanhei os entendimentos expostos naquele processo, sob os fundamentos lá asseverados, conforme cópia anexa.

A falha constante da presente contratação, qual seja, a infringência ao artigo 26 da Lei Municipal 13.278/02, por atraso na publicação do ajuste no DOM, pode ser relevada, por ter caráter formal e, pelo fato de ter atingido o seu fim, em que pese a sua extemporaneidade.

Todavia, a contratação em tela decorreu de procedimento licitatório eivado de irregularidade e, por força do princípio da acessoriedade, o principal deve seguir o acessório.

O aludido princípio encontra-se previsto no artigo 184 do Código Civil Brasileiro, o qual deve ser observado pelos contratos administrativos, por força do artigo 54 da Lei Federal de Licitações, que prevê à aplicação aos contratos administrativos dos preceitos da teoria geral dos contratos.

Pelo exposto, em razão do citado princípio, opino pelo não acolhimento do ajuste em tela, fazendo, todavia, a mesma sugestão apresentada no TC 3.268.05-09, no sentido da possibilidade de aceitação dos efeitos financeiros, a critério de V.Exa., por não constar nos autos elementos que indiquem a presença de dolo ou má-fé e, em face do princípio da segurança jurídica das relações".

É o Relatório.

VOTO ENGLOBADO

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, a Assessoria Jurídica de Controle Externo e a Secretaria Geral foram unânimes no sentido da irregularidade da Concorrência, por entenderem ilegal a exigência de *apresentação de certificado de propriedade dos veículos como condição para participar da licitação, ultrapassando os limites legais e infringindo o § 6º do artigo 30 da Lei Federal 8.666/93.*

A matéria é também objeto de súmula do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, na qual restou assentado que: *"Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno". (Súmula 14)*

Por conseguinte, no caso, a irregularidade na licitação recai sobre os contratos dela decorrentes por acessoriedade.

Em razão de todo o exposto e do que mais dos autos consta, com amparo nas manifestações da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, julgo irregulares a Concorrência nº 06/SME/2004 e, por conseguinte, os Contratos nº 42 e 43 de 2005.

Aceito em caráter excepcional os efeitos financeiros produzidos pelos ajustes, considerando a ausência de comprovação de prejuízo ao erário nos autos, como ponderado pela Secretaria Geral: "*perfilho do mesmo posicionamento das áreas técnicas e, opino pela irregularidade da concorrência*

e dos contratos, [propondo] a aceitação dos efeitos financeiros, por não constar nos autos elementos que indiquem a presença de dolo ou má-fé e, pelo princípio da segurança jurídica das relações".

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

VOTO em separado englobado proferido pelo Conselheiro Maurício Faria:

Na esteira das manifestações dos órgãos técnicos e, considerando que a questão envolvendo a exigência de prévia comprovação da propriedade dos veículos para fins habilitatórios já encontra entendimento pacífico nesta Corte e no TCESP acerca de sua restritividade, voto pela irregularidade da CP 06/SME/2004.

Quanto às Atas e ajustes decorrentes, voto pela regularidade dos instrumentos por inexistir apontamento específico em relação a estes, e por não concordar com a sentença de acessoriedade direta e necessária no sentido do conteúdo do julgamento da licitação ser automaticamente determinante para o do contrato decorrente.