JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72-003.317.03-50

ANÁLISE. CONVITE. NOTA DE EMPENHO. SMT. Aquisição de suprimentos de informática. Falhas relevadas. Art. 48, § 48, Lei 8.66/93. REGULARES excepcionalmente. DETERMINAÇÃO. Votação unânime.

Transitado em julgado: 23.11.2010

266ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Maurício Faria.

DECIDEM os Conselheiros da Colenda Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, julgar, em caráter excepcional, regulares o Convite 005/2003-SMT e, por consequência, a Nota de Empenho 23651/2003.

DECIDEM, ainda, à unanimidade, determinar à Secretaria Municipal de Transportes – SMT que, na hipótese de aplicação do artigo 48, § 3º, da Lei Federal 8.666/93, adote a orientação traçada no presente julgado, no sentido de que não haja a devolução dos envelopes aos licitantes, somente autorizando eventual alteração dos itens da documentação ou da proposta que deram ensejo à inabilitação ou à desclassificação de todos, mantendo-se inalterados todos os demais documentos.

Participou do julgamento o Conselheiro Antonio Carlos Caruso.

Presentes os Procuradores da Fazenda Francisco Collet e Silva e Fábio Costa Couto Filho.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 29 de setembro de 2010.

Roberto Braguim – Presidente

Maurício Faria – Relator.

RELATÓRIO

Em julgamento o Convite nº 005/2003-SMT e a Nota de Empenho nº 23.651/03, emitida pela Secretaria Municipal de Transportes em nome da empresa Max Paper Comercial e Distribuidora Ltda., tendo por objeto a aquisição de suprimentos de informática.

A Auditoria afirmou que a Origem utilizou indevidamente a faculdade estabelecida no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por ter permitido que a única licitante apresentasse as amostras dos produtos antes inexistentes e, também, que reapresentasse a proposta comercial.

Identificou, ainda, que o despacho de autorização para a abertura do certame era posterior à data do edital, embora tenha precedido a publicação do instrumento convocatório, e que uma das empresas interessadas retirou o convite dois dias antes da abertura da licitação.

No tocante à nota de empenho, a Auditoria também opinou pela sua irregularidade em face da dispensa do termo de contrato, contrariando o disposto no Anexo I do instrumento convocatório, e da infringência ao artigo 2º, § 1º, da Instrução nº 01/02, pela extemporaneidade no encaminhamento das informações a esta E. Corte.

Devidamente intimados, a Origem e os membros da Comissão de licitação alegaram, em síntese, o seguinte:

a) que o despacho de autorização para abertura da licitação ocorreu antes da publicação do edital;

b) que foram convidadas mais de seis empresas do ramo, no prazo estabelecido pela lei, sendo que apenas uma empresa retirou o instrumento convocatório com antecedência de 48 horas da data designada para a abertura das propostas, nos termos dispostos pelo art. 22, § 3º, da Lei nº 8.666/93;

c) que a devolução da proposta comercial da única licitante não acarretou prejuízo ao certame, já que não houve a quebra do sigilo e o preço contratado ficou abaixo do valor orçado pela Administração. Em relação à Nota de Empenho, os interessados informaram que dispensaram o termo de contrato por tratar-se de compra com entrega imediata, valendo-se da faculdade estabelecida pelo art. 62, § 4º, também da Lei de Licitações.

Em sua manifestação, a Assessoria Jurídica de Controle Externo entendeu cumprido o prazo de publicidade estabelecido pela lei, já que mais de três empresas foram convidadas com antecedência de três dias da data designada para a realização da licitação. Quanto à autorização extemporânea do certame, aceitou as alegações trazidas pela Origem, afirmando que a publicação do edital após o despacho de autorização tornou regular a fase interna da licitação. Por fim, manifestou-se pela irregularidade da devolução da proposta comercial da licitante, por entender que este procedimento permite, em tese, que essa licitante altere o valor proposto, impedindo a verificação da vantajosidade da contratação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal afirmou que, embora haja divergência de interpretação, não há, nos autos, elementos que permitam afirmar que a licitante alterou sua proposta comercial, tampouco que a contratação não foi vantajosa, já que os preços ofertados foram inferiores aos apurados no mercado.

A Secretaria Geral manifestou-se pela não adequação do procedimento adotado pela Comissão de Licitações, quanto à devolução do envelope contendo a proposta. Porém, reconheceu a inexistência de dolo ou má fé por parte dos agentes públicos, bem como de prejuízo ao erário. Em relação às demais impropriedades apontadas pelos Órgãos Técnicos desta Corte, opinou pela sua relevação, dada a sua natureza formal, concluindo pelo acolhimento da licitação e da nota de empenho.

É o relatório.

VOTO

O julgamento do presente exige a abordagem de duas questões mais expressivas, quais sejam, a não formalização do termo de contrato, conforme minuta anexa ao instrumento convocatório, e a devolução do envelope contendo a proposta comercial da única licitante, inabilitada por deixar de atender ao subitem 5.2. do edital, quando da utilização da faculdade contida no § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93. Quanto às demais falhas apontadas pela Auditoria, merecem ser relevadas, posto que detêm caráter meramente formal.

A primeira questão refere-se à substituição do termo de contrato pela nota de empenho, que não requereria análise mais detida caso a Origem não tivesse incluído a minuta do contrato como parte integrante do instrumento convocatório.

A possibilidade de dispensar o termo de contrato para compras com entrega imediata decorre do art. 62, § 4º, da Lei n º 8.666/93. No entanto, a opção por elaborar o termo de contrato ou substituí-lo por um dos instrumentos estabelecidos no "caput" do art. 62 deve ser feita antes da elaboração do instrumento convocatório, pois, uma vez elaborado e tornado público, o edital vincula tanto a Administração quanto os licitantes às suas prescrições.

No presente caso, contudo, a ausência do termo de contrato não pode ser invocada como motivo suficiente para a rejeição do ajuste, já que a Nota de Empenho nº 23.651/03 trouxe todas as cláusulas essenciais para a execução da avença.

Por sua vez, quanto à segunda questão, esta nos remete à análise do disposto no art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito:

"Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis."

Não há dúvidas quanto à utilização desta faculdade também para licitações na modalidade convite. A celeuma reside na possibilidade da Administração devolver as propostas às licitantes inabilitadas, quando lhes conceder prazo adicional para apresentar nova documentação.

A matéria não é pacífica perante os doutrinadores. Há quem defenda que somente podem ser objeto de alteração aqueles itens da documentação ou da proposta que deram ensejo à inabilitação ou à desclassificação, mantendo-se inalterados todos os demais documentos. Consoante esse entendimento, foram os pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, conclusivas no sentido da não adequação do procedimento adotado pela Comissão de Licitações, quanto à devolução do envelope contendo a proposta.

De igual forma, inclino-me a acompanhar a linha adotada pelos Órgãos Técnicos, por entender que tal compreensão melhor se harmoniza com o princípio do sigilo das propostas, ainda mais frente à peculiaridade do caso concreto em análise, em que houve a participação de apenas um interessado, o que poderia permitir, hipoteticamente, que a licitante majorasse seu preço, em que pese a Origem ter encaminhado 07 convites.

Todavia, considerando que essa é uma suposição que não se evidencia nos autos, e considerando ainda que, conforme salientado pelos Órgãos Técnicos, a proposta ofertada ficou aquém do valor orçado pela Administração, não havendo elementos que demonstrem a não vantajosidade da contratação, voto, em caráter excepcional, pela regularidade do Convite nº 005/2003-SMT e, por consequência, da Nota de Empenho nº 23.651/03.

Não obstante, determino que a Origem, na hipótese de aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93, adote a orientação traçada no presente julgado, no sentido de que não haja a devolução dos envelopes aos licitantes, somente autorizando eventual alteração dos itens da documentação ou da proposta que deram ensejo à inabilitação ou à desclassificação de todos, mantendo-se inalterados todos os demais documentos.