JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.003.363.00-25

Contrato – concorrência – critério para avaliar proposta comercial – m²/mês e não homem/hora – defesa dos membros da comissão de licitação – julgado prejudicadas as defesas oferecidas – conhecida a concorrência e acolhido o contrato – determinação à origem – vencido o Cons. Edson Simões

Relatório

O presente TC focaliza a **Concorrência 11/1999**, instaurada pela CET para prestação de serviços de limpeza, asseio e conservação nos locais especificados no Anexo II do Edital respectivo e nas condições descritas no projeto básico – Anexo III, e o **Contrato 39/2000**, dela originado, pactuado com a adjudicatária Demax Serviços e Comércio Ltda.

O certame licitatório foi objeto de acurado exame pela ilustre Assessora Técnica, Dra. Delma Oliveira Machado, que efetuou detalhada descrição de seus atos e fases, até seu julgamento final, concluindo pela irregularidade do edital em razão dos precedentes deste Egrégio Tribunal, que se posicionou contrariamente à utilização do critério de apuração do preço por m²/mês e não de homem/hora, de acordo com o parecer exarado às fls. 445/457, acompanhado pela respectiva Subchefia, à fl. 458, e pelos órgãos técnicos da Secretaria de Fiscalização e Controle, com recepção de seu titular (fls. 459/460 e 461).

Frente a tais conclusões, a Procuradoria da Fazenda Municipal solicitou, antes de seu exame, o concurso da AT-Engenharia, que, em atendimento, emitiu o parecer de fls. 469/471, onde faz um estudo comparativo dos critérios em testilha, deixando claro ser viável quantificar e fiscalizar a prestação dos serviços de limpeza por m²/mês, desde que haja um projeto básico contendo as exigências mínimas para se atingir aquela finalidade e para permitir o confronto de preço em relação ao outro método. Lembrou, ainda, que a contratação dos serviços de limpeza pelo critério do m²/mês está disciplinada, na área federal, pela Instrução Normativa 13/96 do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e pela Portaria 3.256/1996 da Secretaria de Recursos Logísticos e Tecnologia da Informação, reproduzidas às fls. 463/465 e 466/468.

Nada obstante, a Assessoria Jurídica e a AT-Economia ratificaram seus posicionamentos anteriores, enquanto a AT-Engenharia, respondendo à nova solicitação da Procuradoria da Fazenda Municipal, concluiu que o edital não reunia condições propícias à adoção do m²/mês para aferição do preço do serviço (fls. 482/483).

A Origem, por instância do mesmo Órgão Fazendário, encaminhou o Ofício de fls. 488/489, no qual esclarece as vantagens do novo critério e seu emprego por outros órgãos públicos, como o INSS e o Ministério Público Estadual, além do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, que editou a Instrução Normativa 18/1997, disciplinando a

matéria, conforme cópias trazidas ao bojo destes autos (fls. 490/523).

Analisando essa documentação e outras requisitadas da Origem, a Auditoria chegou à conclusão de que a contratação com a Demax revelou-se bem mais econômica do que a anterior celebrada com a TEJOFRAN (fl. 543), sem que isso, no entanto, tenha alterado o posicionamento pretérito da Engenharia, posto faltar ao Edital condições propícias para adoção da unidade de serviço (fl. 545).

Com a nova manifestação da Assessoria Jurídica, que ratificou seu posicionamento precedente (fls. 547/551), apresentaram defesa os membros da Comissão, intimados a tal, RICARDO AMARAL (fls. 573/574), LUIZ CARLOS DOS SANTOS (fls. 575/578), DARCI BOTELHO (fls. 579/582), MÁRIO FREDERICO JÚNIOR (fls. 583/586) e ALENCAR QUEIROZ DA COSTA (fls. 587/592), todos defendendo a legalidade da licitação e ajuste celebrado, sendo que apenas o primeiro e o último argüiram preliminar de ilegitimidade de parte.

No exame dessas defesas, a Assessora Técnica Suzana Hanaoka repeliu as preliminares suscitadas, e, em sede de mérito, entendeu que os defendentes nada de novo acrescentaram aos autos, limitando-se a reproduzir trechos das manifestações dos órgãos técnicos, motivo pelo qual ratificou sua manifestação precedente (fls. 600/2).

Em pólo divergente se posicionaram a Subchefia e Chefia daquela Assessoria, que, em face dos novos elementos trazidos pela Origem, entenderam que a contratação recaiu na proposta mais vantajosa e o critério eleito resultou em maior economicidade (fls. 603/605 e 606/607).

A Secretaria de Fiscalização e Controle, na derradeira fala de fl. 614, ratificou seu pronunciamento anterior, considerando irregular o ajuste.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, após proceder à detida análise do processado, ponderou que os procedimentos seguidos pela CET resultaram mais vantajosos para si, opinando, em remate, pela acolhida da licitação e do ajuste (fls. 618/629).

Na mesma esteira foi o pronunciamento do Secretário Geral, que sugeriu a reformulação do entendimento sufragado nos TCs 426.00-37 e 401.02-78, em face da demonstração da maior vantajosidade, e, conseqüentemente, da economicidade do critério de apuração do custo do serviço por m²/mês, com as recomendações propostas pela Assessoria Jurídica, concernentes ao projeto básico (fls. 630/635).

É a síntese do relatório.

Voto

A questão nuclear, o ponto nodal, discutido no âmbito do presente, está centrado na cláusula editalícia, transportada para o contrato, que prevê a apuração do valor do preço unitário do serviço contratado por metro quadrado e não por utilização do critério homem/hora, que tradicionalmente vinha sendo empregado nos serviços da espécie.

O presente caso tem bastante similitude com os ajustes celebrados pela São Paulo Transporte S/A – SPTRANS, julgados irregulares por esta Egrégia Corte nos TCs 426.00-

37 e 401.02-78.

Entendeu-se, naquela oportunidade, pelo voto vencedor do nobre Conselheiro Edson Simões, que o parâmetro estabelecido para apuração do valor da proposta comercial por metro quadrado era incondizente como objeto licitado de serviços de limpeza, caracterizados na Lei Federal 9.711/98, tendo em conta que os critérios vigentes no mercado tomam por base o homem/hora, o qual permite a fiscalização adequada dos serviços e assegura o controle geral da execução do contrato e dos reajustes do preço, além de permitir o uso do método comparativo na avaliação do melhor preço.

Esse mesmo tema agita novamente a questão em torno do melhor critério, em face dos novos elementos trazidos com a defesa, mostrando que a base de cálculo por metro quadrado implicou em significativa redução do custo do contrato e sua adoção por outros órgãos públicos, como, exemplificativamente, o INSS e o Ministério Público Estadual, em razão do que a Subchefia da Assessoria Jurídica, acompanhada do Assessor Chefe e do Sr. Secretário Geral, sugeriu a revisão do entendimento sufragado nos expedientes antes referidos, a despeito do posicionamento divergente da Assessora preopinante e do Secretário de Fiscalização e Controle, estribado nas conclusões de sua Divisão Técnica.

Diante desse novo panorama, penso que o assunto aconselha uma maior reflexão desta Corte. Com efeito, na justificativa encartada às fls. 488/489, a Origem esclareceu, com apoio em seus órgãos administrativos, que o método adotado, de apuração do preço unitário por m²/mês, colimou a redução dos custos dos contratos de limpeza e conservação e a melhoria de produtividade da mão-de-obra.

Essa justificativa vem acompanhada de cópia da Instrução Normativa 18, de 22.12.1997, do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, disciplinando a contratação dos serviços, executados de forma indireta e contínua, dentre os quais os de limpeza e conservação, que prevê a contratação com base na área física a ser limpa e o custo respectivo calculado por metro quadrado (item 4.3), de acordo com a planilha e formação de preços constantes do anexo III (item 4.6), bem assim de cópias de editais expedidos pelo INSS e pelo Ministério Público Estadual elegendo igual critério nas contratações de seu interesse (fls. 490/523).

A Auditoria deste Tribunal, analisando a relação dos pagamentos efetuados à TEJOFRAN e à DEMAX, encaminhada pela CET, chegou a estes resultados:

"a) o valor médio pago à Tejofran no período de 8 meses (mar/00 a out/00) foi de R$ 217.736,90;

b) o valor médio pago à Demax no período de 8 meses (out/00 a mai/01) foi de R$ 100.756,60, sendo 53,7% menor do pago a Tejofran;

c) o valor médio pago à Demax no período de out/00 a set/02 foi de R$ 112.678,60, sendo que essa importância inclui os reajustes realizados a partir de maio/01. Mesmo assim, esse valor foi 48,3% menor do que o valor médio pago à Tejofran (fl. 543)".

A Engenharia, malgrado as críticas feitas ao Edital, notadamente ao projeto básico que o compõe, admitiu, em face daquela comparação, a possibilidade de se adotar a unidade de serviço para contratação de atividade com predominância de mão-de-obra (fl. 544).

Sem embargo, a Assessora Técnica, falando pela Assessoria Jurídica, defendeu seu ponto de vista anterior, consignando que a redução dos custos não implicava necessariamente na garantia da qualidade dos serviços avençados (fls. 547/55l).

Noto, porém, no exame mais aprofundado dessa matéria, que em momento algum se demonstrou ilegalidade na utilização do m²/mês, para aferição do valor dos serviços de limpeza e conservação, a não ser falhas no instrumento de convocação e na descrição do projeto básico, segundo o parecer da Engenharia, imperfeições de cunho técnico que poderiam ser perfeitamente sanadas na planificação de futuras licitações.

De outra face, não posso desprezar a significativa redução dos custos, demonstradas pela Auditoria no confronto de fl. 543, tanto mais que as ponderações feitas pela AT-Jurídica, não induz que o critério utilizado pela CET possa, necessariamente, comprometer a qualidade, a produtividade e o controle da fiscalização dos serviços, porque não há, nos autos, efetiva comprovação de que as deficiências increpadas a esse método não possam também se verificar em relação ao critério do homem-hora, na análise superficial desse ponto.

Em verdade, bem examinada a questão, não vislumbro ilegalidade na escolha do critério, a não ser que houvesse expressa determinação legal ou regulamentar disciplinando a matéria.

De outro lado, constatado, na prática, que o método de aferição do preço por m²/mês revelou-se muito mais vantajoso para a Administração Pública, ofenderia o princípio da **economicidade**, a eleição do critério tradicional, ainda que se admita, "ad argumentandum", a maior eficácia de seus mecanismos de controle e fiscalização, o que, entretanto, não ficou claro ou provado nas manifestações divergentes da Assessoria Jurídica e da Secretaria de Fiscalização e Controle.

As falhas nesses mecanismos, como aquelas concernentes ao projeto básico, apontadas pela Engenharia, poderão se corrigidas, como já assinalei, na elaboração dos futuros editais, com vistas a maior eficácia, qualidade e produtividade dos serviços de limpeza, conservação e afins.

Por isso, não me parece razoável repudiar-se critério que se mostrou significativamente mais favorável à Entidade contratante quando ele também é utilizado por outras pessoas jurídicas de Direito Público, tendo, inclusive, a preferência do Poder Público Federal, em face da Instrução Normativa 18/97, reproduzida graficamente às fls. 490/499.

Postas estas premissas, passo ao exame das demais controvérsias dos autos e das defesas apresentadas pelos interessados, descartando, "ab initio", as preliminares argüidas pelos Srs. RICARDO AMARAL e ALENCAR QUEIROZ DA COSTA, nos encartes de fls. 573/574 e 587/592, respectivamente, tendo em conta que ambos integraram o Colégio Licitante e participaram ativamente de fases do pleito seletivo, de sorte que, em tese, podem ser responsabilizados por atos irregulares praticados nessa condição.

O certame de que trata este TC foi, sob certa ótica, bastante tumultuado, em virtude dos inúmeros incidentes decorrentes de impugnações, recursos e representação das partes interessadas, como emerge de sua leitura.

Na análise da licitação peço vênia para reportar-me ao detalhado estudo feito pela Assessoria Jurídica, na sua primeira intervenção de fls. 445/457, onde sua subscritora

considerou irregular, com aval da Sra. Assessora Subchefe, o edital, em razão de fixar, justamente, o critério, para formulação da proposta comercial, do preço por m²/mês e não homem/hora, aceito por esta Egrégia Corte nos precedentes já referidos em que é interessada a SPTrans.

Sobre esse tema já me posicionei, nas ponderações expendidas no início deste voto, entendendo que o critério eleito, para aferição do custo do serviço, não configura ilegalidade que macule o Edital, e, conseqüentemente, todo o processo licitatório. Ao revés visa ao atingimento do interesse público e do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil).

Quanto aos vícios apontados pela engenharia no projeto básico, que compôs o Edital, decorrem, a meu ver, de imperfeições técnicas, que, igualmente, não podem ser qualificadas, propriamente, de ilegalidades capazes de contaminar o certame licitatório.

Por tais razões e fundamentos, e, principalmente pela vantajosidade apurada, revejo meu entendimento pretérito, para:

a) conhecer da licitação e acolher o contrato dela decorrente, celebrado entre a CET e a Demax;

b) julgar prejudicadas as defesas oferecidas pelos membros da Comissão de Licitação;

c) determinar à Origem corrigir as impropriedades e defeitos assinalados pela Engenharia desta Egrégia Corte, nos futuros pleitos, objetivando a contratação de serviços similares.

É o voto, "sub censura" de meus nobres pares.

TCM, 04 de maio de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

Voto em separado

Inicialmente, afasto as preliminares suscitadas pelo defendente, de folhas 573 e 574, requerendo sua exclusão do processo por não ter participado da fase final da licitação, e pelo defendente, de folhas 587 a 592, alegando ilegitimidade de parte para figurar no pólo passivo, porque sua inclusão foi efetuada por mero equívoco da Secretaria. Isto porque, conforme se comprova nos autos, ambos participaram do procedimento licitatório, seja assinando pareceres opinativos (folhas 14 e 16), seja participando como membro da Comissão, tendo, inclusive, assinado a Ata número 22 (folhas 283 e 283 verso), fatores esses que os vinculam à relação jurídica havida, legitimando as intimações expedidas.

No tocante ao mérito, compartilho com as conclusões alcançadas pela Auditoria e pela Senhora Assessora Jurídica, no sentido de que o parâmetro estabelecido para a apuração do valor da proposta por metro quadrado é incompatível com o objeto licitado de

prestação de serviços de limpeza.

O parâmetro vigente no mercado tem por base o valor do homem/hora, o que permite a mais adequada fiscalização dos serviços, o reajuste do preço e o controle geral do Contrato.

O critério metro/quadrado não representa o melhor critério, uma vez que, pela ausência de parâmetro no mercado que utiliza o decorrente do homem/hora, não conseguirá se firmar como critério que proporcione melhor preço para a Administração. Ou, como bem lembrado pela Subsecretaria da Fiscalização e Controle, à folha 614 verso, "era apenas uma pretensão passível de não-realização".

Ademais, esta Corte de Contas já se posicionou sobre matéria sob exame no TC número **426.00-37**, quando, impugnando, dentre outros impugnados, o item critério de menor preço por metro quadrado para apuração do valor da proposta, decretou, por maioria de votos, a irregularidade dos Editais da Concorrência número **1/00**, com determinação à Origem para a correção das impropriedades ou anulação do certame no TC número **426.00-37**. Igual posicionamento foi observado, por ocasião do julgamento da Concorrência número **1/01**, no TC número **401.02-78**.

À vista do exposto, sendo certo que referidas **DECISÕES** citadas se estendem ao caso vertente, **JULGO IRREGULARES** a Concorrência número **11/99** e o Contrato número **39/00**, dela decorrente, em coerência com os votos por mim proferidos nos TCs referidos.

Faço, ainda, severa determinação à Origem no sentido de se fazer cumprir as determinações emanadas desta Corte de Contas.

APLICO, ainda, a cada membro da Comissão de Licitação, nomeados à folha 598, e ao Ordenador da Despesa (folhas 69 e 571 e 572), a **MULTA** de R$ 361,00 (trezentos e sessenta e um reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei Municipal número 9.167/80, pelo ato negligente de omissão ou inobservância dos deveres que lhes competia cumprir.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 04 de maio de 2005.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator, bem assim pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, apresentado em separado, MAURÍCIO FARIA e DJALMA DONATO, em julgar prejudicadas as defesas oferecidas pelos membros da Comissão de Licitação.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelos votos dos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Relator, MAURÍCIO FARIA e DJALMA DONATO, em conhecer da Concorrência 11/1999 e acolher o Contrato 39/2000, dela decorrente.

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos mesmos votos, em determinar à Origem que, nos futuros pleitos, corrija as impropriedades e defeitos assinalados pela então Assessoria Técnica de Engenharia desta Corte, objetivando a contratação de serviços similares.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES – Revisor, que julgou irregulares a referida concorrência e o mencionado contrato, bem como exarou determinação à Origem e aplicou multa aos membros da Comissão de Licitação e ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 4 de maio de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator