EM TRAMITAÇÃO

TC nº 72-003.536.07-18

3º Julgado

RECURSO. PFM. Decisão que julgou parcialmente procedente a representação, com determinação. Serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas e praguejadas. SMSP. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

Legislação citada: Arts. 5º, XX e 72, X, CF.

2.728ª Sessão Ordinária

2º Julgado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Decisão que julgou parcialmente procedente a Representação. Pregão. SMSP. Serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas e praguejadas. Alegada Omissão. Caráter infringente. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

2.491ª Sessão Ordinária

1º Julgado

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMSP. Registro de Preços para a prestação de serviços de conservação de áreas. Exigência de regularidade com as obrigações sindicais. Inconstitucional. Art. 5º, XX, CF. Precedentes. Competitividade resguardada. Ato convalidado. Princípio da Segurança e Estabilidade jurídica. Arts. 27 a 31, Lei 8.666/93. CONHECIDA. PARCIALMENTE PROCEDENTE. Votação unânime. DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

2.394ª Sessão Ordinária

3º JULGADO

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro DOMINGOS DISSEI, após vista que lhe fora concedida na 2.707ª S.O., ocasião em que votaram os Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator, à época, ROBERTO BRAGUIM – Revisor e MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, consoante notas taquigráficas – referentes à 2.707ª S.O. – anteriormente insertas nos autos, em conhecer do recurso interposto pela Douta Procuradoria da Fazenda Municipal, por estar de acordo com os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno desta Corte e, no mérito, considerando que os argumentos apresentados não são hábeis a alterar o quanto decidido anteriormente, em negar-lhe provimento, mantendo o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, nos termos da proposta do Conselheiro MAURÍCIO FARIA, em determinar que a Secretaria Geral desta Corte sistematize e informe a base normativa que consolida a rotina processual aplicada aos processos, em termos de efeito suspensivo, bem como realize estudo analítico sobre a parcela de julgados que incidiram concretamente sobre os atos apreciados por este Tribunal, tendo em vista o conceito de controle externo concomitante.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente à sessão, nesta data, o Conselheiro JOÃO ANTONIO, sem direito a voto, uma vez que o mesmo foi anteriormente proferido pelo Conselheiro EURÍPEDES SALES – Relator, à época, na 2.707ª S.O.

Ausente o Conselheiro Presidente EDSON SIMÕES, por motivo de férias.

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

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 26 de fevereiro de 2014.

ROBERTO BRAGUIM
Vice-Presidente no exercício da Presidência

VOTO em separado apresentado pelo conselheiro Maurício Faria:

Acompanho o Relator, o que significa um ajuste em relação a meu voto no julgamento originário.

Uso agora da palavra, para destacar uma questão importante que o presente julgamento suscita, lembrando que a decisão no primeiro julgamento, inclusive a não prorrogação da vigência da Ata de Registro de Preços, sujeita, entretanto, às consequências do efeito suspensivo de recurso ou remessa, o que na prática lhe retirou eficácia.

Este Tribunal em julgados anteriores avançou na compreensão do Sistema de Registro de Preços, ao tratar da natureza jurídica da Ata, reconhecendo que a mesma representa ato consolidado com potencialidade de execução continuada em todo o período de sua vigência, sem se traduzir numa relação jurídico obrigacional – contrato.

Sendo assim, o sentido inovador produzido em nossos acórdãos foi justamente o reconhecimento da possibilidade de sustação das Atas durante os respectivos períodos de vigência, independentemente de estas já terem servido de base para alguma efetiva contratação assinada a partir do preço registrado.

Em outras palavras, na medida em que as Atas permanecem vigentes enquanto ação administrativa em concreto, a competência estabelecida nos termos do art. 72, inciso X, da Constituição Federal confere legitimidade à decisão do Tribunal de Contas que susta os efeitos delas decorrentes e inviabiliza a formação de novos contratos a partir das mencionadas Atas.

Pois bem, o caso em voga em função do efeito suspensivo de recurso ou remessa, nos mostra uma realidade em que o julgamento pela irregularidade da Ata de Registro de Preços se traduziu em algo menos efetivo do que aquilo que decorria de uma eventual decisão cautelar no mesmo sentido, inclusive, tendo presente que o processo devidamente instruído atingiu seu desfecho e culminou com o julgamento pela irregularidade ainda no tempo de vigência da Ata, e, portanto, com incidência supostamente eficaz e possível.

Tornando ainda mais complicada tal realidade, surge o fato de que, nesta Corte de Contas, emprestamos aos recursos e – também – à simples remessa “ex officio” o efeito suspensivo dos efeitos da decisão proferida, reconhecendo-se como algo necessário até que a matéria seja devolvida à apreciação do Pleno e se consolide o julgado.

Sr. Presidente, o instituto da suspensão de efeitos como forma de impedir a incidência imediata das decisões proferidas em processos de cognição (judicial e/ou administrativo), até que seja apreciado o correspondente recurso, representa um instrumento válido e contemplado em nosso ordenamento.

No entanto, cabe reconhecer que o mesmo não deve ser encarado como regra, mas, sim, como exceção.

Dizer o contrário seria como afirmar que todas as decisões de primeiro grau se resumem num mero esgotamento formal de instância para permitir que o feito seja alçado à sua verdadeira apreciação. Ademais, não é sem motivo que a condição extraordinária do efeito suspensivo seja expressamente prevista.

Desta feita, proponho que a Secretaria Geral sistematize e informe a base normativa que consolida a rotina processual aplicada aos nossos processos, em termos de efeito suspensivo, bem como realize estudo analítico sobre a parcela de julgados que incidiram concretamente sobre os atos apreciados por este Tribunal, tendo em vista o conceito de controle externo concomitante. **(2.707ª S.O.)**

2º JULGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso – embargos de declaração –, 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 Relator, em conhecer dos embargos de declaração, por terem preenchido os requisitos legais e regimentais pertinentes e, no mérito, em negar-lhes provimento, em razão de não se vislumbrar a alegada omissão no V. Acórdão combatido.

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales – Revisor, Antonio Carlos Caruso e Maurício Faria.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de maio de 2010.

Edson Simões – Presidente.

Roberto Braguim – Relator.

RELATÓRIO

Em análise Embargos de Declaração opostos por Potenza Engenharia e Construção Ltda., contra V. Acórdão anexado às folhas 566/567 dos autos, que julgou parcialmente procedente a Representação por ela interposta.

A Embargante sustenta ter havido omissão no r. "decisum", que, ao considerar inconstitucional a exigência contida no subitem f.2 do item 7.2.2 do Edital em causa, que exigia a declaração de regularidade em relação às obrigações sindicais, deixou de pronunciar-se quanto à sua desclassificação para os Agrupamentos III e XIII, em decorrência da referida exigência, e que acabaram por não gerar as Atas de Registros correspondentes.

Alinhou, ainda, que o esclarecimento se impõe, principalmente porque constou do acórdão que as vantagens obtidas com a anulação do Pregão não se sobreporiam aos prejuízos e atrasos decorrentes da repetição do certame. Dessa forma, entende que suas propostas deveriam ser classificadas, com a consequente formalização das atas respectivas.

Na devida instrução, a Assessoria Jurídica de Controle Externo opinou pelo conhecimento e não provimento dos Embargos, por entender que a pretensão manifesta cunho exclusivamente particular, fugindo da competência do Tribunal de Contas, cujo papel é fiscalizar as despesas realizadas pela Administração, exercendo, assim, o controle externo das atividades públicas.

Argumentou a Assessoria que, na verdade, a Embargante pretende conferir efeitos infringentes ao recurso, o que se admite apenas em casos excepcionais, quando não existirem outros meios que possibilitem a correção de eventual injuridicidade da decisão, o que não ocorre na espécie.

Assim, não havendo omissão a suprir, pugnou pela rejeição dos embargos. No mesmo sentido manifestou-se a Procuradoria da Fazenda Municipal, acrescentando que os Embargos de Declaração não tem caráter substitutivo da decisão embargada, mas integrativo ou aclaratório.

Concluiu, portanto, que não há como dar-se provimento ao pleito da Embargante, com o fito de determinar-se a assinatura das Atas de Registro de Preços.

De sua parte, a Secretaria Geral ponderou que, em sede de juízo de admissibilidade, o recurso reúne condições de conhecimento.

No mérito, concluiu que não existe a alegada omissão, uma vez que o V. Acórdão convalidou a cláusula em questão para todos os efeitos, incluída, portanto, a desclassificação da embargante, ao fundamento de que a desconstituição do edital seria mais prejudicial ao interesse público, em respeito ao princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Dessa maneira, orientou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Voto pelo conhecimento dos Embargos de Declaração, por terem preenchidos os requisitos legais e regimentais pertinentes, e, no mérito, acompanho os órgãos técnicos, negando-lhes provimento, em razão de não vislumbrar a alegada omissão no acórdão combatido.

Conforme constou do voto condutor do V. Acórdão, adotou-se a melhor solução para o caso concreto, considerando-se que a anulação do Pregão causaria maiores prejuízos ao interesse público do que a sua convalidação, em razão dos princípios da segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Nota-se, no entanto, que a Embargante quer modificar o acórdão na sua essência, conferindo ao recurso caráter infringente, o que não é possível no caso em tela.

É o que se entende da lição do respeitado jurista Nelson Nery Júnior, em *'Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos'*:

> *'No julgamento dos embargos o juiz ordinário não profere nova decisão: apenas aclara a anterior. Daí não poder se modificar o conteúdo da decisão embargada.'*

Além disso, não caberia ao Tribunal de Contas declarar classificada empresa alijada do certame, para formalizar as Atas de Registro de Preços.

Nessa seara, partilho com a Assessoria Jurídica de Controle Externo acerca do papel dos Tribunais de Contas, que têm o dever de zelar pela maior eficiência e efetividade na gestão da coisa pública, não cabendo, porém, a eles a proteção de interesses particulares dos que buscam contratar com a Administração.

No mesmo sentido, alinho-me com a Procuradoria da Fazenda Municipal, que afirmou que a função da Representação é o controle da regularidade da despesa pública, pautado no interesse público, mesmo que, em muitos casos, o licitante, ao representar, defenda interesses próprios, como no caso em análise. Não se verificando, destarte, qualquer obscuridade, contradição ou omissão, a justificar o acolhimento dos embargos, nego-lhes provimento.

1º JULGADO

ACÓRDÃO

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 Relator, em conhecer da representação interposta pela empresa Potenza Engenharia e Construção Ltda., por presentes os pressupostos de admissibilidade previstos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal.

ACORDAM, ademais, à unanimidade, no mérito, em considerá-la parcialmente procedente, por entenderem que a exigência editalícia do subitem f.2 – declaração de regularidade em relação às obrigações sindicais - é inconstitucional, consoante prescreve o artigo 5º, inciso XX, da Constituição da República**.**

ACORDAM, ainda, por maioria, pelos votos dos Conselheiros Roberto Braguim - Relator e Eurípedes Sales - Revisor “ad hoc”, em razão dos vícios constatados no edital de licitação na modalidade Pregão 002/SMSP/COGEL/2007, em determinar à Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras - SMSP que não prorrogue o prazo de validade das atas de registro de preços dele decorrentes, adotando as necessárias providências para a realização de novo certame licitatório, escoimado dos vícios que atingem o presente.

Vencido, neste particular, o Conselheiro Maurício Faria, que, consoante declaração de voto apresentada, não exarou a referida determinação.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em determinar o envio de ofício, acompanhado de cópia do presente Acórdão, à representante e à representada, para ciência, nos termos do artigo 58 do Regimento Interno desta Corte**.**

Participaram do julgamento os Conselheiros Eurípedes Sales - Revisor “ad hoc” e Maurício Faria.

Ausente o Conselheiro Antonio Carlos Caruso - Revisor, por motivo de saúde.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 10 de setembro de 2008.

Edson Simões
Presidente

Roberto Braguim
Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta por Potenza Engenharia e Construção Ltda., em face do Pregão nº 002/SMSP/COGEL/2007, cujo objeto é o Registro de Preços, por itens, para prestação dos serviços de conservação de áreas urbanizadas, ajardinadas, praguejadas e em seu entorno, poda e remoção de árvores por equipes, realizado pela Secretaria Municipal de Coordenação das Subprefeituras - SMSP.

A Representante, segundo alegou, obteve a melhor classificação para os Agrupamentos III e XIII, tendo sido, em seqüência, habilitada pela Pregoeira, mas o representante do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Prestação de Serviços e Asseio e Conservação e Limpeza Urbana de São Paulo - SIEMACO declarou que a empresa estaria irregular com suas obrigações sindicais, o que não seria verdadeiro.

Entretanto, a Coordenadoria Geral de Licitações - COGEL, posteriormente, publicou a desclassificação das propostas da Representante, cujo recurso foi indeferido.

A seguir insurgiu-se contra exigências editalícias, em especial as dos itens f.1 – declaração de que a licitante cumpriria o acordo, convenção ou dissídio coletivo dos profissionais da categoria - e f.2 - declaração de regularidade com as obrigações sindicais -, por considerá-las em descompasso com a legislação, que só permite exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações pelos licitantes.

Apesar de serem ilegais tais exigências, a Representante, que ofertou o menor preço para os Agrupamentos III e XIII, foi alijada do certame, tendo sido suas propostas desclassificadas. Requereu, então, a revisão da decisão, com a conseqüente classificação das propostas, ou a anulação do Pregão, por vícios do edital, com o deferimento do pedido de suspensão liminar do certame.

Declarei prejudicado o pedido de suspensão da sessão pública do pregão, para abertura da habilitação da 2ª colocada, uma vez que não houve tempo hábil para sua análise, em razão da sua protocolização na véspera da data designada.

A Coordenadoria III entendeu assistir razão à Representante, quando alega que as declarações previstas nos itens f.1 e f.2 se inserem na esfera da regularidade fiscal prevista no artigo 29, III, da Lei nº 8.666/93[1], não podendo, pois, ser exigidas.

Considerou, então, procedente a Representação, propondo que a Administração declarasse nulos os itens impugnados. A Secretaria, intimada a manifestar-se, após defender a lisura de seu procedimento, informou que, em razão das constatações deste Tribunal, suspendeu a sessão de julgamento das propostas relativas aos Agrupamentos impugnados e lavrou as Atas de Registro de Preços para os demais.

A Coordenadoria III, analisando as razões aduzidas, ratificou seu posicionamento anterior, no sentido de que a solução menos lesiva ao interesse público - dado o trâmite já trilhado pela Administração - é a de que sejam consideradas nulas as exigências dos itens f.1 e f.2, não devendo subsistir as inabilitações nelas fundamentadas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, de sua parte, considerou presentes os requisitos de admissibilidade da Representação, ponderando, quanto ao mérito, que o contido no subitem f.1 não teria caráter restrito, pois compete a todos o cumprimento do que for pactuado; quanto ao subitem f.2, entendeu que a exigência obrigaria as empresas a procederem à sua filiação a algum Sindicato, o que é vedado pela Constituição Federal, no artigo 5º, XX[2].

Trata-se, afirmou, de requisito de habilitação não contemplado na Lei Federal nº 8.666/93. Em remate, opinou pela procedência da Representação.

Oficiada novamente, a Pasta esclareceu que compareceram ao certame 17 (dezessete) empresas, alcançado, assim, o princípio da ampla competitividade.

No que pertine ao eventual questionamento, relativo ao subitem f.2 da cláusula 7.2.2, comprovou a ausência de dúvida formulada acerca da exigência.

A Assessoria Jurídica, nova intervenção, embora reafirmando a ilegalidade da exigência, concluiu que a competitividade do

---

[1] **(1) Art. 29.** A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: (...)
III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

[2] **(2) Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

certame não restou prejudicada, uma vez que compareceram 17 (dezessete) interessados.

A Coordenadoria III reiterou seu posicionamento pela irregularidade do prescrito no subitem f.2, porém entendeu que o comparecimento dos licitantes constitui fator a ser sopesado no julgamento da Representação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal propôs o não-acolhimento da Representação, por considerar que não existem elementos que conduzam à nulidade do procedimento licitatório dos ajustes, uma vez que o interesse público foi atendido e eventual cancelamento das Atas não representaria solução adequada.

A Secretaria Geral, de seu turno, propôs o conhecimento da Representação, por atender aos pressupostos legais de admissibilidade.

No que pertine ao mérito, trouxe a lume decisão do Tribunal de Contas da União que considerou procedente em parte a Representação, determinando que a Administração se abstenha de 'exigir certidão de regularidade e guias de recolhimento de sindicatos, sejam patronais ou de trabalhadores'.

Na espécie, entendeu, lastreada a lição de Weida Zancaner, que:

> ***'... a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.'***
> (Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, São Paulo, Malheiros Editores, 2001).

Assim, em observância ao princípio da estabilidade das relações jurídicas, e considerando que a competitividade do certame não restou prejudicada e que o procedimento licitatório já foi encerrado, propôs a extinção do feito, alertando a Secretaria para que modifique seus procedimentos futuros, evitando impropriedades como a presente nos autos.

É o relatório**.**

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, previstos nos artigos 54 e 55 do Regimento Interno deste Tribunal, conheço da Representação.

No tocante ao mérito, alinho-me com a Assessoria Jurídica de Controle Externo, a Procuradoria da Fazenda Municipal e a Secretaria Geral.

É que, na licitação, somente é exigível a documentação necessária para aferir-se a qualificação da empresa interessada em contratar com a Administração no que pertine à sua aptidão para a execução do objeto contratual, vale dizer, para o efetivo cumprimento das obrigações pactuadas, estando tais exigências previstas expressamente nas legislações federal e municipal, sendo vedada qualquer imposição não especificada nestas leis.

No que se refere ao subitem f.1 - declaração de que a licitante cumprirá acordos, convenções ou dissídios coletivos da categoria -, também o considero excesso de rigor, porém não constitui, em meu entender, requisito restritivo à competitividade do certame, eis que os pactos celebrados devem ser cumpridos pelos pactuantes.

Todavia, no que pertine à exigência do subitem f.2 - declaração de regularidade em relação às obrigações sindicais -, considero-a inconstitucional, consoante prescreve o artigo 5º, XX, da Constituição da República: 'XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;'.

Ora, a prova de regularidade exigida implica a obrigação da licitante de filiar-se ao Sindicato, o que é vedado pela Lei Maior.

Demais disso, a inclusão de requisitos para habilitação, em desconformidade com a Lei Federal nº 8.666/93, obsta a possibilidade de contratação mais vantajosa para a Administração, uma vez que impede a participação de uma gama maior de empresas no certame.

Quanto à ilegalidade da cláusula impugnada, o Tribunal de Contas da União, consoante apontou a Secretaria Geral, já se posicionou, em manifestação que vale transcrever: '...

Quanto à regularidade junto aos sindicatos patronal e dos trabalhadores, assiste razão à unidade técnica. Não há fundamentação legal para tal exigência.

A jurisprudência desta Corte se posiciona nesse sentido; em julgado recente, da relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, o TCU determinou ao Hospital Central do Exército que restringisse

> *"suas exigências para habilitação das empresas em certames licitatórios às que prevêem os arts. 27 a 31, abstendo-se de exigir: ... certidão de regularidade sindical..."*

(Acórdão 2.521/2003 - 1ª Câmara, Sessão de 21/10/2003). (Acórdão 473/2004 - Plenário, Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça, Ata 13/2004 - Plenário, Sessão de 28/04/2004, aprovação 04/05/2004, DOU 12/05/2004).

E, em outra decisão, também mencionada pela Secretaria:

"1 - A exigência de Certidão de Regularidade Sindical em licitações é irregular por refugir ao prescrito nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93."
(Acórdão 951/2007 - Plenário, Sessão 23/05/2007, Aprovação 24/05/2007, DOU 28/05/07).

Destarte, apesar de o comparecimento de 17 (dezessete) interessados não ter interferido na competitividade do certame, impõe-se a declaração de procedência parcial da Representação, em razão da ilegalidade contatada.

Resta, então, adotar a melhor solução para o caso concreto, tendo em vista o encerramento do certame e a lavratura das Atas de Registro de Preços para diversos Agrupamentos, todas originárias do Pregão questionado, portador da cláusula ilegal.

A questão que se põe é: deve o ato administrativo ilegal ser anulado ou pode o mesmo ser convalidado pela Administração?

No caso, entendo, como a Secretaria Geral, que a desconstituição do ato seria mais prejudicial ao interesse público do que a sua convalidação, em respeito ao princípio de segurança e estabilidade das relações jurídicas.

Vale dizer, com a anulação do Pregão, que as eventuais vantagens obtidas não se sobreporiam aos prejuízos e atrasos decorrentes da repetição do certame, mostrando-se menos consentâneas com o interesse público a ser preservado.

Entretanto, em razão dos vícios constatados no Edital de Pregão nº 002/SMSP/COGEL/2007, determino à Administração que não prorrogue o prazo de validade das Atas de Registro de Preços dele decorrentes, adotando as necessárias providências para a realização de novo certame, escoimado dos vícios que atingem o presente.

DECLARAÇÃO DE VOTO apresentada pelo Conselheiro Maurício Faria

Eu acompanho o voto do Relator, com exceção da última determinação, de não-prorrogação da vigência das Atas de Registros de Preços.