JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.003.597.01-17

Licitação – concorrência – acompanhamento – determinado a suspensão do certame – atendidas as exigências e procedimentos pertinentes à formalização do ajuste – conhecido o acompanhamento do edital – julgado regular o certame – improcedentes as representações – vencido o Cons. Edson Simões – (vide tb. TCs. nºs. 4.018/01*53 e 3.941/01*40)

Relatório

Egrégio Plenário

Cuidam os presentes da análise dos editais das Concorrências nº 007/SSO/01, objetivando a execução dos serviços e obras de operação, manutenção, monitoramento, vigilância e recuperação ambiental do Aterro Sanitário Bandeirante, e nº 10/SSO/01, para a execução dos serviços e obras de operação do Aterro São João e manutenção, monitoramento e recuperação ambiental dos Aterros São João e Santo Amaro.

A entrega e a abertura dos envelopes dos dois certames estão marcadas para o próximo dia 28 de setembro.

Analisando ambos os atos convocatórios, as equipes de técnicos de diversas áreas deste Tribunal apontaram vícios essenciais, consoante passo a expor resumidamente:

- exigências para qualificação técnica em desconformidade com a legislação de licitação e contratos;

- equipamentos com idade superior à utilizada para o cálculo do preço unitário;

- não-definição de responsabilidade pela operação do sistema de pesagem;

- necessidade de previsão quanto à padronização dos formulários;

- inadequação aos dispositivos legais no que concerne ao projeto básico;

- incompatibilidades entre coeficientes das composições de preços unitários nas planilhas de orçamentos;

- necessidade de previsão do percentual de BDI diferenciado para alguns serviços;

- indefinição da forma de registro para o sistema de controle.

No tocante à Concorrência nº 10/SSO/01, ainda registraram a necessidade de correção do valor total geral dos serviços e de reserva no montante integral ao período de competência.

Quanto às duas representações formuladas pelas empresas Pajoan – Central de Tratamento de Resíduos e Marca Construtora e Serviços Ltda., alegando impropriedades na Concorrência nº 007/SSO/01, nossos técnicos verificaram tratarem das mesmas irregularidades por eles já apontadas.

Em suas conclusões, os órgãos especializados ressaltaram que os editais contêm irregularidades, razão pela qual oficiei à Origem para manifestar-se.

No caso do Aterro Bandeirantes, a SSO encaminhou-nos o Ofício nº 448/SSO-G/2001, onde informou a redesignação da data de abertura do certame para o dia 28 de setembro , tendo em vista as alterações e correções já realizadas na peça editalícia.

Examinando essas modificações, as equipes multidisciplinares constataram que ainda remanescem alguns dos vícios apontados inicialmente, obstando o prosseguimento do pleito licitatório.

Na hipótese do Aterro São João, embora já noticiada pelo Oficio nº 454/SS0/2001 a ocorrência de algumas alterações no edital, aguarda-se resposta daquela Pasta sobre as impropriedades detectadas.

Anoto, desde já, estar superada a questão relativa às exigências para qualificação técnica, tendo em vista as decisões deste Colegiado, tal como a exarada nos autos do TC 7.845.99-02.

Considerando o exíguo tempo para o início dos trabalhos da origem, proponho, com fundamento no disposto no inciso VII, combinado com o item VIII do art. 19 da Lei nº 9.167/80, que este Plenário delibere enviar ofício à Secretaria de Serviços e Obras, determinando a suspensão da abertura de ambas as concorrências, assinando-lhe prazo de 72 horas para novos esclarecimentos e providências.

São Paulo, 19 de setembro de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos processos TC 3.597.01-17 e 3.687.01-08, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO - Relator, nos termos do parágrafo 2º do artigo 99 do Regimento Interno desta Corte.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, com fundamento no

item VII, combinado com o item VIII do art. 19 da Lei Municipal 9.167/80, enviar ofícios à Secretaria de Serviços e Obras, determinando a suspensão da abertura das Concorrências 7/SSO/01 e 10/SSO/01, assinalando-lhe o prazo de 72 (setenta e duas) horas, para novos esclarecimentos e outras providências.

Participaram do julgamento os Conselheiros LAURA MARIA DE BARROS NASCIMENTO - Revisora, EURÍPEDES SALES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 19 de setembro de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator

Relatório

Trata o presente da análise do edital de **Concorrência número 7/SSO/01**, para execução de serviços e obras de operação, manutenção, monitoramento, vigilância e recuperação ambiental do Aterro Bandeirantes, pela então Secretaria de Serviços e Obras.

Realizado minucioso relatório, pela equipe multidisciplinar deste Tribunal, constatou-se os seguintes pontos, em relação ao edital, sob os aspectos técnicos e jurídicos:

1 – em relação às exigências para qualificação técnica previstas no subitem 11.4.3 do edital, entendeu que os serviços exigidos têm sido contratados com empresas especializadas, não estando claro, no edital, a possibilidade de subcontratação e, em sendo permitido, não há sentido em se exigir que um profissional da contratada comprove a experiência. Ainda, quanto ao subitem 14.4.4, entendeu que este restringe o universo de participantes ao estabelecer que as licitantes comprovem a responsabilidade técnica com disposição final média de 90.000 (noventa mil) toneladas mensais de resíduos sólidos domiciliares;

2 – a exigência técnica não está conforme a Lei 8.666/93 (artigo 30, parágrafo 1º, inciso I), visto que a exigência do subitem 11.4.4 do edital impôs quantitativos mínimos relativos à execução de serviços de disposição dos resíduos sólidos, inclusive por limitação de tempo;

3 – o subitem 11.4.6.1 do edital estabelece a possibilidade de utilização de equipamentos com até cinco anos, havendo a possibilidade de uso se comprovada sua eficiência pela fiscalização. Entendeu o Órgão Técnico que no cálculo dos preços unitários, referentes aos equipamentos, foi utilizado o valor de veículos zero quilômetros, devendo a idade da frota ser compatível com essa premissa, além de não existir nenhum critério objetivo para aferir a comprovada eficiência dos equipamentos pela fiscalização;

4 – apontou a necessidade de definição quanto aos responsáveis pela operação do sistema de pesagem – balanças (subitem 1.2.5.17 do edital) –, tendo em vista que é a partir do sistema de pesagem que as remunerações e obrigações são computadas;

5 – necessidade de previsão quanto à padronização dos formulários, tickets, planilhas e impressos a serem utilizados pelas empresas, podendo ocorrer falta de padronização desses elementos;

6 – quanto ao projeto básico, entendeu que o projeto deve ser classificado como 'básico' e, portanto, para sua adoção é necessária a dispensa do 'Projeto Básico', conforme previsto no Decreto 34.303/94, com a redação dada ao seu artigo 2º pelo Decreto 37.421/98;

7 – apontou que o edital devia exigir a apresentação de Metodologia de Execução, conforme preceitua o artigo 30, parágrafos 8º e 9º da Lei 8.666/93;

8 – quanto às planilhas de orçamento, observou, a equipe técnica, a incompatibilidade entre coeficientes de alguns itens de serviços, conforme bem explanado em seu relatório;

9 – observou que alguns grupos de serviços tendem a ser terceirizados, devendo ser adequada a previsão de taxas de BDI (Bonificações e Despesas Indiretas) diferenciadas, compatíveis com essa condição, a título de taxa de administração; e

10 – o edital estabelece apenas a obrigação quanto à necessidade de verificação das quantidades e da qualidade dos serviços, não explicitando de que forma essa fiscalização será viabilizada.

Ainda, entendeu a equipe técnica deste Tribunal que:

a – deve haver previsão de subcontratação de empresas no instrumento convocatório, nos termos do artigo 72 da Lei 8.666/93, visto que esse tipo de ajuste envolve empresas especializadas;

b – a legislação aplicada ao presente deve ser a Lei 8.666/93, não aplicando a lei municipal para as alterações contratuais, que prevê o limite de acréscimo sobre o seu objeto;

c – o despacho autorizador do edital não atendeu aos requisitos do parágrafo 1º do artigo 45 da Lei 10.544/88, então vigente, uma vez que não consta a indicação do recurso orçamentário próprio para a despesa;

d – não consta o cronograma de desembolso máximo por período, exigido no artigo 40, inciso XIV, letra 'b', da Lei 8.666/93;

e – não se pode avaliar precisamente a previsão de recursos orçamentários para atendimento de eventual despesa a ser realizada no exercício financeiro em curso sem o respectivo cronograma de desembolso por período, apesar de a Unidade ter feito a reserva orçamentária;

f – o edital deve definir claramente a forma de registro dos dados coletados na execução dos serviços, bem como os parâmetros de avaliação dos valores a serem obtidos na medição, de maneira a assegurar a qualidade e a quantidade aprovadas para pagamento; e

g – quanto aos aspectos econômico-financeiros, ressaltou os elementos de custo de mão-de-obra, variação de preços em relação ao último contrato, subcontratação de serviços, critérios de reajuste de preços e parâmetros de preços.

Concluiu que o edital possui falhas passíveis de reformulação, sugerindo à Origem uma revisão total sobre os aspectos analisados (folhas 374/385).

O então Conselheiro Relator à época, à vista das representações formuladas junto a este Tribunal, autuadas nos TCs ora acompanhantes, determinou a suspensão da abertura do certame, marcada para 27/08/01 (folha 389).

A Auditoria procedeu à análise dos elementos relativos às representações formuladas pelas empresas Pajoan – Central de Tratamento de Resíduos e Marca Construtora e Serviços Ltda., que solicitaram a apuração de possíveis irregularidades no edital de concorrência, concluindo que alguns dos itens citados nas mesmas já foram abordados no relatório de acompanhamento e alguns não seriam procedentes (folhas 490/493).

Após expedição de ofício à Origem, esta juntou as alterações e informações que foram submetidas à apreciação do Órgão Técnico, concluindo que, com exceção dos itens referentes às alterações relativas aos coeficientes, a apresentação do cronograma de desembolso financeiro e do despacho que aprova as modificações do edital, que consta a dotação a ser onerada, foram sanados os fatos apontados, devendo ainda o edital ser reformulado (folhas 500/511).

Conforme acórdão de 19/09/2001, restou deliberado pelo Plenário a suspensão da abertura da concorrência, assinalando-lhe o prazo de 72 (setenta e duas) horas para novos esclarecimentos e outras providências (folha 514).

À vista dos elementos encaminhados pela Secretaria competente, a equipe multidisciplinar salientou que alguns itens foram superados, persistindo outros, que mereceriam uma revisão pela Origem, quais sejam:

a – equipamento com idade superior àquela utilizada para o cálculo do preço unitário;

b – necessidade de previsão quanto à padronização dos formulários;

c – fiscalização do contrato;

d – controles para acompanhamento de execução contratual;

e – subcontratação de serviços e BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) dos mesmos (folhas 669/672).

Levados os autos a Plenário pelo então relator da matéria, este entendeu que os itens “a”, “b”, e “c” não são de natureza a invalidar o certame. Com relação à subcontratação,

entendeu justificada a sua ausência, pois dependerão dos itens propostos pelo licitante, uma vez que não se sabe quem vencerá o certame, cabendo à Prefeitura examinar os casos de subcontratação realizados. Quanto ao BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) dos referidos serviços, entendeu aceitável a justificativa da Origem quando esclarece que a adoção da taxa diferenciada poderia causar indevida elevação do preço do contrato, visto que a subcontratação é uma faculdade da contratada e não uma obrigatoriedade. Em relação às representações, os técnicos já verificaram as questões suscitadas. Assim, determinou a reabertura do certame e o acompanhamento do procedimento licitatório (folhas 676/678).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle procedeu ao acompanhamento da licitação, informando que apresentaram propostas 03 (três) licitantes, sendo inabilitada a empresa Construtora Gomes Lourenço Ltda., que ao impetrar recurso foi concedida a liminar e procedeu-se a abertura do envelope da mesma. O objeto do certame foi adjudicado à empresa Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, pelo valor de R$ 31.916.043,10 (trinta e um milhões, novecentos e dezesseis mil quarenta e três reais e dez centavos). Concluiu o Órgão Técnico que não foram constatadas quaisquer irregularidades, principalmente no que concerne ao atendimento dos prazos e à publicidade das exigências formais praticadas pela Comissão de Licitações (folhas 767/772).

A Assessoria Jurídica, ao analisar os autos, examinou a questão da desclassificação da Construtora Gomes Lourenço Ltda., que foi habilitada por força de medida liminar. Verificou que a Comissão de Licitações não aceitou a proposta comercial da referida licitante, por conter rasuras nos campos das alíneas ‘a’ e ‘b’ do Anexo I. Porém, ao examinar o mencionado documento, considerou que não estão ilegíveis e a Comissão tinha os mesmos valores expressos no Anexo IV. Atentou que o Anexo I é o resumo dos valores propostos no Anexo IV, esclarecendo que a soma dos valores expressos em suas alíneas ‘a’ e ‘b’ corresponde ao valor total da proposta, o qual está corretamente preenchido, em número e por extenso, sem nenhuma rasura.

Entendeu a Assessoria Jurídica que a Comissão agiu com excesso de rigor, valendo-se de um formalismo inútil, que só proporcionará prejuízo ao erário, já que desclassificou a proponente que oferecera o menor valor global pelos serviços licitados. Assim, concluiu que a desclassificação da Construtora Gomes Lourenço foi ilegítima e ilegal, propondo a intimação do Secretário da Pasta e os membros da Comissão para novas informações sobre o assunto. Sugeriu, ainda, o Assessor Chefe que se conheça os argumentos da Construtora desclassificada, para instauração do devido processo legal.

Após documentação juntada aos autos, a mesma foi submetida à apreciação da Assessoria Jurídica, que esclareceu que as informações apresentadas pela Origem são fatos novos, que realmente alteram o resultado da fase de habilitação, embora não seja definitiva, podendo ser revista pelo próprio Judiciário em Instância Superior. Quanto aos argumentos trazidos pela Construtora Gomes Lourenço, além do questionamento sobre a ilegalidade de sua desclassificação, há informações de eventuais falhas na formalização do termo contratual com a empresa declarada vencedora. Sugeriu a expedição de ofício à Origem para apresentar cópia do respectivo contrato para exame deste Tribunal, acompanhado do documento exigido pelo subitem 15.1.1 do edital da Concorrência 007/01. No entanto, o Assessor Chefe sugeriu a realização de diligência para as devidas constatações, o que foi deferido (folhas 876/887).

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle realizou diligência junto ao Departamento de Limpeza Urbana (Limpurb), buscando verificar a ocorrência de falhas na

formalização do contrato. Constatou que a alegada falha não se confirmou, visto que a empresa vencedora do certame apresentou os documentos exigidos no edital, relativamente às composições de custos unitários e detalhamento do BDI – Bonificação e Despesas Indiretas (folha 993).

A Assessoria Jurídica entendeu superado o questionamento apresentado pela Construtora Gomes Lourenço, permanecendo a irregularidade no tocante à Comissão de Licitação que, ilegitimamente, desclassificou a citada Construtora. Aduziu que o ato de desclassificação já sofreu impugnação (recurso administrativo), não podendo haver convalidação, considerando o ato inválido, relativamente insanável, que não pode ser estabilizado pelo decurso do tempo, pois a norma jurídica não protege contrato que originou de decisão ilegal durante o procedimento licitatório, por afrontar o artigo 49, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93, que determina que a nulidade da licitação induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 59, que cuida do dever de indenizar o contratado pelo que fora executado, até a data em que for declarada a nulidade.

Assim, propôs a invalidação do ajuste firmado com a empresa Heleno & Fonseca Construtécnica Ltda., por se encontrar viciado na sua origem (folhas 997/1.013).

A Procuradoria da Fazenda Municipal entendeu que o procedimento licitatório se encontra formalmente correto, sendo, a única questão pendente, a desclassificação da empresa, que restou totalmente superada, em face da decisão judicial havida que, denegando e revogando a liminar, excluiu a impetrante do certame para todos os efeitos (folhas 1.015/1.018).

A Secretaria Geral verificou que a inabilitação da licitante Construtora Gomes Lourenço ocorreu devido ao desatendimento do item 11.4.4, alínea 'b' do edital, por não ter a empresa comprovado o quantitativo mínimo exigido, o que foi impugnado pela empresa por meio de recurso administrativo (negado) e formulada representação neste processo e impetração de mandado de segurança na Terceira Vara da Fazenda Pública.

Ponderou que a matéria relativa à exigência de quantitativos mínimos já foi objeto de análise pelo relator à época, que entendeu superada a questão. Ainda, no mandado de segurança citado, discutiu-se igualmente a legalidade da exigência, assim como a decisão que julgou a impetrante inabilitada, concluindo-se pela inexistência de qualquer ilegalidade na cláusula editalícia e na decisão que afastou a impetrante do procedimento seletivo, visto que denegada a segurança requerida e revogada a liminar que possibilitou a Construtora Gomes Lourenço no certame.

Entendeu que a questão remanescente nos autos é o ato de desclassificação da licitante, também impugnado por meio de representação e de mandado de segurança, com pedido de liminar para suspensão da Concorrência 007/01 e proibição de contrato com a empresa vencedora (Décima Quarta Vara da Fazenda Pública). **Todavia, a liminar** foi indeferida e a impetrante desistiu do feito, sendo extinto o processo sem julgamento do mérito.

Manifestou a Secretaria Geral que, quanto à inabilitação, a questão já está totalmente superada, posto que a licitante prosseguiu no certame. Restou apenas a desclassificação, que foi causada pela existência de rasuras no Anexo I da proposta, nos números que representavam o valor total do orçamento. Aduziu que, se analisada isoladamente, tal ocorrência seria revestida de gravidade, mas no mesmo momento houve a apresentação, no

Anexo IV, dos mesmos números apresentados sem qualquer rasura.

Dessa forma, a desclassificação promovida pela Comissão foi extremamente rigorosa e formalística, posto que a real intenção da concorrente estava claramente disposta em outro documento, simultaneamente apresentado e de igual força probante. Ponderou a dificuldade sobre as conseqüências de uma eventual desconstituição do ato praticado pela Administração, visto que o trabalho contratado é de grande importância e alta tecnicidade para um dos maiores problemas da cidade (aterros sanitários), e já tem um largo tempo de execução (folhas 1.020/1.027).

É o relatório.

Voto

Como bem salientou a Secretaria Geral, a questão invocada nos autos reside na inabilitação da então licitante Construtora Gomes Lourenço, que foi superada pelo Conselheiro Relator à época e pela decisão judicial que concluiu pela inexistência de qualquer ilegalidade na cláusula editalícia, visto que atendeu ao interesse público, sendo lícito ao Poder Público exigir qualificação técnica e garantir o devido cumprimento das obrigações pactuadas no futuro contrato.

Outra questão a ser abordada é o ato de desclassificação da licitante (Construtora Gomes Lourenço), causada pela existência de rasuras no Anexo I da proposta, nos números que representavam o valor total do orçamento, que também constava no Anexo IV, de forma clara e sem rasuras, apresentados os mesmos valores simultaneamente.

Apesar do longo tempo de execução do contrato com a empresa Heleno & Fonseca Construtécnica S/A, fato esse que não afasta a ocorrência de irregularidades na origem do ajuste, ou seja, no procedimento licitatório, acompanho os pareceres exarados pela Assessoria Jurídica e Secretaria Geral, que entenderam que a Comissão de Licitação agiu com excesso de rigor e formalismo, deixando de atentar para o princípio da supremacia do interesse público, visto que o valor da proposta apresentada pela citada desclassificada era muito inferior à da contratada (mais ou menos um milhão de reais a menor por ano).

Ora, o formalismo excessivo que usou a Comissão de Licitação, para contratar por maior preço e descartar a proposta mais vantajosa para a Administração, não encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pressupõem a impossibilidade de impor conseqüências excessivas com simples irregularidades.

Diante do exposto, **CONHEÇO O ACOMPANHAMENTO DO EDITAL DE LICITAÇÃO 7/01 E JULGO IRREGULARES** os atos praticados pela Comissão de Licitação, tendo em vista a ilegitimidade da decisão de desclassificação da licitante.

Determino o envio de cópia do presente JULGADO às REPRESENTANTES dos TCs acompanhantes, bem como à Origem e à Câmara Municipal, para providências cabíveis

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de março de 2005.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

Voto em separado

Como muito bem apontado no relatório do Conselheiro Edson Simões, ao longo da instrução deste processado, verifica-se que AUD e PFM opinaram pelo acolhimento do certame, ao passo que AJCE posicionou-se pela irregularidade do Procedimento Licitatório, porque a Comissão de Licitação teria agido com excesso de rigor ao desclassificar a proposta da Construtora Gomes Lourenço, por apresentar-se rasurada.

É esta a questão maior a ser enfrentada nesta quadra.

Cumpre apontar, de início, que não pairam dúvidas quanto ao fato de a proposta comercial estar rasurada, como se depreende do singelo exame do documento de fl. 748.

De outro lado, o edital é expresso ao definir como meio de apresentação da proposta oficial o Anexo I à peça editalícia e vedar que a proposta seja apresentada incompleta ou com borrões, rasuras, entrelinhas ou cancelamentos, emendas, ressalvas ou omissões (itens 13.1.1 e 14.3.10, respectivamente, do Edital de fls. 540/605).

Ora, decorre do exame dos autos que nem a Gomes Lourenço nem qualquer outra empresa impugnou o edital no que diz respeito à forma de como deveria ser apresentada a proposta comercial. E vejam, Nobres Pares, que o edital em questão foi impugnado, debatido, examinado previamente por técnicos desta Corte e nada foi dito, insinuado sequer, sobre os itens 13.1.1 e 14.3.10 da peça convocatória.

Vê-se, portanto, que a Comissão de Licitação não agiu com rigor extremado, pois assim seria se tivesse extrapolado o disposto na legislação que rege a matéria ou na norma disciplinadora daquele certame específico, que é exatamente o mencionado edital de concorrência. Ao contrário, a Comissão observou à risca o princípio da legalidade, consagrado no artigo 37 da Carta Federal, pois atuou na mais absoluta consonância com o artigo 3º da Lei 8.666/93, vinculando-se, integralmente, ao instrumento convocatório, assim agindo de modo legal, moral, isonômico, probo e objetivo.

Outro ponto, de alta, ou melhor, altíssima relevância, reside no fato de que a Gomes Lourenço impetrou Mandado de Segurança contra o ato desclassificatório praticado pelo colegiado condutor do certame, e o Judiciário não acatou liminarmente a tese de rigor excessivo por ela sustentada, endossando, deste modo, o agir da Comissão de Licitação, sendo certo que não há nos autos notícia de recurso oferecido pela Impetrante.

Nesse panorama, surge a manifestação da AJCE, calcada no fato de a Gomes Lourenço ter apresentado a proposta de menor valor, ou seja, R$ 30.880.634,58 anuais, enquanto que a proposta vencedora alcançara R$ 31.916.043,10, ocasionando uma diferença de R$ 1.035.408,52, representando cerca de 3% entre uma proposta e outra.

De sua parte, SG, em sensato parecer, pondera que, se de um lado, poderia ter havido excesso de rigor formal pela Comissão de Licitação, afastando exatamente a proposta de menor preço, de outro, é certo que existe um contrato firmado há mais de três anos, envolvendo serviços de altíssima complexidade técnica e absolutamente imprescindíveis para a Cidade. Isto vale dizer que, neste momento, não seria oportuno discutir-se apenas a legalidade ou ilegalidade do ato desclassificatório da Comissão de Licitação isoladamente, mas à luz da especificidade dos presentes autos.

Outra questão debatida nos autos relaciona-se à aplicação do princípio da razoabilidade, levando-se em conta que a proposta da Gomes Lourenço era cerca de 3% menor do que a da Heleno & Fonseca Construtécnica, vencedora do certame. Em obediência a esse princípio, ter-se-ia como razoável a manutenção da Gomes Lourenço no certame.

Ocorre, no entanto, que, em primeiro lugar, o Judiciário não acolheu essa tese. Em segundo, estar-se-ia julgando contra os termos do edital, em afronta, portanto, ao princípio legal da vinculação.

Em terceiro lugar, indago se seria razoável desconsiderar-se o princípio da vinculação ao edital para albergar uma empresa que estava participando do certame em caráter provisório, sustentada por medida liminar em Mandado de Segurança, a qual, como anteriormente relatado pelo insigne Conselheiro Edson Simões, garantiu que a Gomes Lourenço tivesse aberta sua proposta comercial, embora a Comissão a tivesse inabilitado por falta de elementos comprovadores de sua capacitação técnica.

Ora, no exame dos textos normativos envolvendo licitações, nota-se que o princípio da razoabilidade não está neles consagrado, devendo ser considerado de modo comedido e subsidiário ao efetivo atendimento daqueles outros de cunho constitucional e legal.

É nessa linha que entendo o pronunciamento da SG, que sopesou uma eventual irregularidade – com o que, como demonstrado, não concordo – com um contrato em curso, envolvendo serviços da mais alta importância para a Cidade.

Vejam, Nobres Conselheiros, que insisto que bem agiu a Comissão de Licitação ao desclassificar a proposta da Gomes Lourenço, e o desdobramento dos fatos acaba por reforçar meu entendimento.

Isto porque, caso, por hipótese, entenda-se que a Comissão de Licitação tenha praticado ilegalidade no ato desclassificatório, deveria ser anulado o contrato, pois ferido de morte em sua origem com todas as indesejáveis conseqüências daí advindas.

Assim, em nome do princípio da razoabilidade, em detrimento do da legalidade e da vinculação ao edital, estar-se-ia criando situação totalmente não razoável, ou melhor, teratológica.

Desse modo, com as vênias devidas, em face dos elementos que instruem o presente e em consonância com os pronunciamentos de AUD e da PFM, conheço do acompanhamento do Edital de Licitação 7/2001 e dou por regular os atos praticados ao longo do certame licitatório, com a determinação de que cópia deste julgamento seja encartada ao TC 143.02-84, que cuida especificamente do exame do procedimento licitatório e da contratação dele decorrente, ambos objeto nestes autos.

TCM, 08 de junho de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

Voto em separado

Voto com o Revisor e peço vênia para tecer considerações complementares, dada a relevância das mesmas para a fundamentação do meu voto.

Como bem observou o Nobre Conselheiro Revisor, por força de liminar proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública, a empresa Gomes Lourenço participou da fase subseqüente do certame, quando a Comissão de Licitação procedeu à abertura dos envelopes comerciais e, segundo consta da ata, constatou a existência de rasuras nos campos destinados à aposição dos preços, na proposta de referida empresa, concluindo que foram os mesmos alterados, situação que resultou em sua desclassificação.

O procedimento licitatório foi concluído, com a contratação da empresa que apresentou proposta de menor preço dentre as classificadas. Segundo informação da Auditoria, que opinou pela regularidade do certame, acompanhada pelo senhor Subsecretário de Fiscalização e Controle, o preço era compatível com o estimado para a concorrência. A publicação do contrato deu-se no DOM de 19.12.01.

Contudo, apesar do entendimento esposado pela Auditoria, pela regularidade do procedimento, manifestou-se a Assessoria Jurídica no sentido de que a desclassificação da empresa, não obstante a existência de rasuras, foi demasiadamente rigorosa, tendo a comissão se valido de formalismo inútil, que trouxe dano ao Erário, na medida em que a empresa desclassificada havia apresentado o menor preço, opinando, em parecer datado de 18 de março de 2002, pela ilegitimidade e ilegalidade do ato praticado.

Em 13 de maio de 2002, o mandado de segurança impetrado perante a 3ª Vara da Fazenda Pública, que havia assegurado a participação da empresa inabilitada na abertura das propostas comerciais, foi julgado improcedente, com o reconhecimento pelo Judiciário da legalidade da cláusula editalícia descumprida, que deu ensejo à inabilitação da impetrante, asseverando, o MM. Juiz prolator da sentença, que referida cláusula atendia ao interesse público, na medida em que o Poder Público deve se cercar de todas as garantias a respeito da real capacidade técnica do contratado, sendo irreparável a decisão que inabilitou a empresa impetrante.

Manifestou-se derradeiramente a Assessoria Jurídica, no sentido de que a denegação do mandado de segurança não tem o mérito de restabelecer a legalidade do ato de desclassificação da empresa que apresentou o menor preço, determinando apenas a inabilitação da impetrante, posicionando-se, ainda, pela averiguação de eventuais irregularidades noticiadas, ocorridas na contratação resultante da Concorrência Pública 007/SSO/01, sugerindo a realização de diligências.

Apenas a título de informação, já que este aspecto não deve interferir no

objeto da análise deste processo, foi realizada diligência para averiguação de irregularidades indicadas na contratação, tendo a Auditoria consignado que não subsistiam as irregularidades apontadas, o que não afasta eventual análise do contrato em autos apartados.

O Órgão Fazendário, em sua manifestação, ao defender a legalidade do procedimento, trouxe a informação de que a empresa desclassificada impetrou mandado de segurança contra o ato da comissão de licitação, perante a 14ª Vara da Fazenda Pública, e, não obtendo a liminar pleiteada para suspender o certame, desistiu do feito.

A questão central que se coloca refere-se à prejudicialidade da decisão judicial, posterior à própria contratação. De fato, razão assiste à Assessoria Jurídica quando afirma que a denegação da ordem não convalida o ato desclassificatório, considerado abusivo por aquela especializada. Mas não se trata de discutir a convalidação do ato administrativo, e, sim, o efeito da decisão judicial de mérito, que, no caso, atinge de forma inafastável questão que antecede a análise do ato de desclassificação, porque relacionada ao não-preenchimento dos requisitos de habilitação para a execução do objeto contratual.

Referida sentença, ao denegar a ordem, revogou a liminar anteriormente concedida, de modo que a questão, a ser analisada nestes autos e nos TCs que o acompanham, resume-se à análise dos efeitos da decisão judicial no procedimento administrativo da contratação resultante da CP 007/SSO/2002.

Por tal razão, não pretendo ingressar na análise da gravidade das rasuras e o efetivo comprometimento da proposta, situação que eventualmente até possa ter ocorrido, mas em cuja análise, repito, não me detive, exatamente por compartilhar do entendimento expressado pelo Órgão Fazendário no sentido da existência de fato prejudicial que antecede este ato da Comissão.

A questão relacionada ao cumprimento dos requisitos de habilitação ficou superada pela decisão judicial, que reconheceu que a empresa não comprovou deter as condições exigidas no edital para ser contratada. A empresa supostamente prejudicada na fase classificatória só participou do certame por força de liminar que foi revogada por ocasião da sentença.

Não se nega a relativa autonomia existente entre as fases da licitação e o exaurimento de uma fase com o início da subseqüente, operando-se a preclusão. Mas, na licitação, a preclusão disciplina, especialmente, os interesses dos particulares ou os atos e direitos indisponíveis, não atingindo, via de regra, os atos da Administração, que estão vinculados aos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público, sendo que vícios de legalidade no procedimento podem e devem ser reconhecidos a qualquer momento.

Razão assiste à Diretoria Geral quando pondera sobre a complexidade da situação a ser decidida e expõe a preocupação com as conseqüências de eventual desconstituição dos atos já praticados em face da alta tecnicidade do objeto contratado e do bem estar coletivo a ser atingido, deixando o deslinde da questão ao descortino deste Colegiado.

Entretanto, cumpre consignar que, embora complexa, a situação que se coloca não é rara em face da morosidade dos processos judiciais, que via de regra não acompanham o ritmo dos procedimentos administrativos, fazendo com que a Administração Pública tenha que lidar freqüentemente com decisões desconstituindo atos, cujos efeitos por

vezes já se consolidaram no tempo, situação em que terá que averiguar a melhor forma de cumprir a decisão judicial, e se, de fato, ainda é possível desconstituir os efeitos do ato.

Mas não é o que ocorre na presente situação. Ao contrário, caso tivesse sido, a empresa desclassificada, contratada, a decisão judicial implicaria na necessidade de anulação do contrato pelo Poder Público, e, conseqüentemente, na contratação da próxima participante com a proposta de menor preço, de modo que se torna dispensável a análise do ato desclassificatório, que apenas seria indispensável no caso de se ter, por reconhecida, ilegalidade na inabilitação, o que não ocorreu, inclusive no âmbito desta Corte de Contas.

Isto posto, em face das manifestações da Auditoria e acolhendo os argumentos expendidos pelo Órgão Fazendário, **voto pela regularidade da Concorrência Pública 007/SSO/2002 e julgo improcedentes as representações processadas nos TCs 3.941-01-40 e 4.018-01-53**.

Plenário Cons. PAULO PLANET BUARQUE, 08 de junho de 2005.

MAURÍCIO FARIA
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, após vista que lhe fora concedida na 2.200ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor. Na 2.192ª S.O., votou o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator.

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 do Acompanhamento do Edital da Concorrência 7/SSO/01.

ACORDAM, outrossim, por maioria, pelo voto do Conselheiro EURÍPEDES SALES – Revisor, bem assim pelos votos apresentados em separado pelos Conselheiros ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA, em julgar regular o certame licitatório.

ACORDAM, ademais, por maioria, pelos mesmos votos, consoante proposta apresentada pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, em determinar que cópia deste julgamento seja encartada ao TC 143.02-84, que cuida especificamente do exame do procedimento licitatório e da contratação dele decorrente.

ACORDAM, também, por maioria, pelos mesmos votos, conforme proposta apresentada pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA, em julgar improcedentes as Representações processadas nos TCs 3.941-01-40 e 4.018-01-53.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES – Relator que, nos termos de seu relatório e voto, julgou irregulares os atos praticados pela Comissão de Licitação

e determinou a expedição de cópias do presente julgado às representantes que figuram nos TCs acompanhantes, à Origem e à Câmara Municipal de São Paulo.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDSON SIMÕES – Relator, ROBERTO BRAGUIM e MAURÍCIO FARIA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de junho de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EURÍPEDES SALES
Conselheiro Revisor, prolator do voto da corrente vencedora, designado para redigir o Acórdão, nos termos do parágrafo 7º do artigo 136 do Regimento Interno desta Corte