JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.004.185.02-76

Representação - empresa licitante - anulação do certame pela comissão licitante - convite - procedimento correto adotado pela Secretaria Municipal da Saúde - conhecida a Representação - no mérito pelo improvimento - existência da equivocada definição do objeto do convite - identificação após a apresentação das propostas comerciais - art. 49 da Lei Federal 8.666/93. Voto separado Cons. Maurício Faria - Voto vencido Roberto Braguim.

R E L A T Ó R I O

O presente TC tem origem no pedido formulado pela empresa **Harbotec Comercial Ltda.**, de revisão da decisão da 15ª Comissão de Julgamento da Secretaria Municipal de Saúde, que indeferiu sua defesa contra a anulação do Convite nº 177/2001, Processo Administrativo nº 2002.0.223.536-4, objetivando a contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de refrigeração de unidades da Secretaria Municipal da Saúde.

O pedido, apresentado sob forma recursal, foi autuado nesta Corte como representação e assim examinada por todos os órgãos opinantes.

Instruído este procedimento de cópias da licitação anulada, o Secretário de Fiscalização e Controle, ancorado na análise de sua Equipe Multidisciplinar, concluiu pela procedência da representação, para efeito da continuidade do certame, tendo presente que:

a) a redução do objeto contratual, com a exclusão dos equipamentos listados em duplicidade ou sem uso, era insignificante, menos de um por cento do todo, não constituindo vício capaz de comprometer a higidez do pleito;

b) a proposta da Harbotec era acentuadamente inferior à das demais licitantes, da ordem de 78% (setenta e oito por cento), havendo ela, inclusive, concordado com a redução proporcional de seu preço;

c) o art. 49 da Lei Federal nº 8.666/93 não tinha aplicação ao caso concreto, porquanto o vício afirmado não atendia ao princípio da proporcionalidade, e, via de conseqüência, à finalidade da lei.

(fls. 76/79)

A Origem, convocada por instância da Procuradoria da Fazenda Municipal, ofereceu a defesa de fls. 87/88, na qual sustenta que o vício detectado era insanável na fase em que se encontrava o pleito licitatório, não mais possibilitando a retificação do Convite para permitir a todos os convidados readequarem suas propostas.

Nada obstante, a Secretaria de Fiscalização e Controle ratificou, às fls. 90/92, seu parecer pretérito, o qual foi agasalhado pela Procuradoria da Fazenda Municipal, que, no entanto, ressaltou a ausência de dolo ou má-fé da Comissão de Licitação (fls. 93).

A Secretaria-Diretoria Geral, discordando desse posicionamento, entendeu que a atuação da Origem foi correta, não infringindo o princípio da proporcionalidade, em razão do que opinou pela **improcedência** da representação, sugerindo, porém, que, no novo certame, a contratação não se efetive por valor maior que o alcançado naquela que foi anulada (fls. 95/100).

É a síntese histórica deste TC.

V O T O

Emerge da leitura destes autos, que a Secretaria Municipal da Saúde promoveu licitação, na modalidade convite, para contratação de serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de refrigeração, com fornecimento de peças e acessórios, da qual participou a representante, oferecendo o menor preço, inferior a 78% das demais convidadas.

Durante a análise das propostas, foi constatado que dois equipamentos foram indevidamente incluídos na listagem dos aparelhos, sendo um refrigerador da marca Brastemp, arrolado em duplicidade, e um bebedouro Begel, sem uso na unidade, motivo pelo qual a Comissão de Julgamento propôs a anulação do pleito, com fundamento no art. 49 da Lei Federal 8.666/93.

A Harbotec opôs recurso administrativo dessa manifestação, o qual foi, no entanto, improvido por Despacho do Secretário da Pasta, publicado no DOM de 06.09.2002.

Contra essa decisão se insurge aquela empresa, formulando o requerimento inicial sob forma de recurso para esta Corte, processado como representação.

Oportuno consignar, neste passo, que o requerimento da Harbotec não tem forma e conteúdo de representação, uma vez que ele é dirigido e fundamentado como se este Eg. Tribunal fosse instância revisora de decisões de órgãos singulares ou coletivos do Poder Executivo Municipal.

É evidente, palmar, a falta de cuidados técnicos mínimos na formulação analisada, que, na verdade, encerra denúncia de ilegalidade praticada pela 15ª Comissão de Julgamento da Secretaria Municipal da Saúde na condução do Convite nº 177/2001, onde a denunciante teve sua proposta classificada em primeiro lugar, e, não obstante, não logrou a adjudicação de seu objeto, devido à anulação daquele feito.

A despeito dessa impropriedade gritante, passo ao exame do pedido como denúncia da interessada no exercício da competência fiscalizatória desta Corte de Contas, para coibir, conter ou reprimir a prática de atos ilegais ou lesivos à Administração Pública Municipal, Direta e Indireta.

Como amplamente ressaltado no relatório preambular, a anulação do Convite determinada por ato do Secretário Municipal da Saúde, acolhendo proposta do Colégio Licitante, está calçada no artigo 49 da Lei Federal nº 8.666/93, que tem exatamente este enunciado:

> **"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado"**
> **.....**

O dispositivo, como decorre de seus termos, encerra dois preceitos, um que permite à autoridade competente revogar a licitação por razões de interesse público e outro que impõe o dever de anular o procedimento por motivo de ilegalidade, devidamente justificada.

No caso em exame, o Secretário Municipal da Saúde decretou a anulação do procedimento unicamente pelo fato de que dois equipamentos foram indevidamente incluídos na relação inserta no Convite, um por duplicidade e outro por não estar em uso.

Todavia, não vejo, nesse fato, a exemplo da Equipe Multidisciplinar da Secretaria de Fiscalização e Controle e da Procuradoria da Fazenda Municipal, vício de ilegalidade capaz de comprometer a saúde e higidez do procedimento licitatório, tanto mais que a empresa classificada em primeiro lugar não se opunha à exclusão daqueles equipamentos na feitura do contrato, com redução proporcional do preço oferecido.

Além disso, como foi argutamente assinalado pela Equipe Multidisciplinar, os dois equipamentos não representavam 1% (um por cento) do universo listado na Carta-Convite.

Na realidade, faltou razoabilidade tanto da Comissão de Licitação, como da Autoridade que proferiu o ato anulatório, porquanto havia simples falha na listagem dos equipamentos ou aparelhos destinados à manutenção, perfeitamente suprível sem afetar ou prejudicar as propostas de qualquer licitante, ou que tornasse necessária sua readequação.

Com efeito, na justa ponderação do **Prof. Marçal Justen Filho**:

> **"A avaliação dos vícios dos atos administrativos tem de subordinar-se ao princípio da razoabilidade (proporcionalidade). Devem ponderar-se os interesses em jogo e avaliar-se a extensão das conseqüências da decisão adotada. Não será válida decisão que, para realizar certo valor, produza o sacrifício integral de outro valor (igualmente tutelado pelo Direito)"**
> (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 7ª edição, ano 2000, pág. 484).

De resto, como deixou escrito **Hely Lopes Meirelles**:

> **"A jurisprudência só tem admitido a anulação com *j[1]usta causa*.[1] Essa *justa causa* é, precisamente, a *ilegalidade* do procedimento ou do julgamento anulado. Isto porque a anulação está sempre vinculada à ocorrência de uma ilegitimidade quer na forma, quer na substância do**

---

ato ou do procedimento invalidado. Não há, nem pode haver, discricionariedade na anulação, porque ela só se justifica quando a motivação da decisão anulatória evidencia a ilegalidade do ato anulado"
(Licitação e Contrato Administrativo, RT, 5ª edição, pág. 146).

Por todo o exposto e respaldado, ainda, nos pareceres emitidos pela Secretaria de Fiscalização e Controle e pela Procuradoria da Fazenda Municipal, acolho a denúncia, para efeito de declarar a nulidade do Despacho transcrito às fls. 75 deste TC e determinar o prosseguimento do Convite nº 177/2001, objetivando serviços de manutenção preventiva e corretiva de equipamentos de refrigeração, sendo recomendável, em face do tempo decorrido, prévia consulta à empresa sobre seu interesse na manutenção de sua proposta.

É como voto.

TCM, 02 de abril de 2003.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

VOTO EM SEPARADO

Voto pelo conhecimento da representação e, no mérito pelo seu improvimento, tendo em vista a existência da equivocada definição do objeto do convite, identificado após a apresentação das propostas comerciais. A despeito das alterações necessárias à correção do edital não representarem mais de 1% do total dos itens objetivados, haveria, de fato, alteração do edital de convite durante o seu processamento, o que é vedado pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Vale ademais, consignar que o referido convite foi instaurado em agosto/2002 e a sua retomada, neste momento, estaria obstada em razão do prazo de validade das propostas, prescrito pelo art. 64, § 3º, da Lei 8.666/93.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de abril de 2003.

MAURÍCIO FARIA
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, por maioria, nos termos do voto apresentado em separado pelo Conselheiro MAURÍCIO FARIA - Revisor, bem assim pelos votos dos Conselheiros EDSON SIMÕES e EURÍPEDES

SALES, em conhecer da representação formulada, e, no mérito, pelo seu improvimento, tendo em vista a existência da equivocada definição do objeto do convite, identificado após a apresentação das propostas comerciais.

Vencido o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM - Relator, nos termos do relatório e voto apresentados.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM - Relator, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 02 de abril de 2003.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
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