JURISPRUDENCIA

TC nº 72-004.488.02-06

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SMT. Serviços de transporte de alunos. Programa de Transporte Escolar Gratuito. Falta de estimativa de custos, de previsão de recursos orçamentários e de respaldo legal para a contratação. Argumentos relevados por aceitas as justificativas da Origem. REGULAR, com DETERMINAÇÃO. Votação por maioria.

TC's citados 72-002.839.02-08 / 72-001.481.04-04
Integração: 72-001.231.08-70

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso, após determinação de Sua Excelência, na 2.300ª S.O., para que os mesmos lhe fossem conclusos a fim de proferir voto de desempate. Naquela sessão, votaram os Conselheiros Edson Simões e Eurípedes Sales, tendo os Conselheiros Maurício Faria – Relator e Roberto Braguim – Revisor votado na 2.299ª S.O.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, por maioria, nos termos do relatório e voto do Conselheiro Maurício Faria – Relator, bem assim pelo voto do Conselheiro Roberto Braguim – Revisor, votando o Conselheiro Presidente Antonio Carlos Caruso para efeito de desempate, nos termos do artigo 26, inciso IX, alínea "a", do Regimento Interno deste Tribunal, em conhecer dos relatórios produzidos pelos Órgãos Técnicos desta Corte e em julgar regular os procedimentos licitatórios da Concorrência 011/02-SMT.GAB, que deram origem ao processo epigrafado, determinando à Subsecretaria de Fiscalização e Controle deste Tribunal que, em autos apartados, analise as despesas resultantes daquela concorrência.

Vencidos os Conselheiros Edson Simões, consoante voto apresentado em separado, e Eurípedes Sales, que julgaram irregular a concorrência, bem como as despesas dela resultantes, não reconheceram os efeitos financeiros produzidos, em razão das impropriedades apontadas nos autos, tendo o Conselheiro Edson Simões ainda aplicado multa ao ordenador da despesa.

Participaram do julgamento os Conselheiros Roberto Braguim – Revisor, Edson Simões e Eurípedes Sales.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Gianfrancesco Genoso.

Sessão no Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque em 29 de novembro de 2006. Presidente, com voto: Antonio Carlos Caruso – Relator: Maurício Faria.

Relatório

Os presentes autos têm por objeto o acompanhamento da Concorrência n° 11/02 – SMT.GAB, no sentido de verificar se o procedimento foi conduzido de acordo com a legislação vigente e o respectivo edital.

Destinou-se a licitação à contratação de pessoas físicas e/ou jurídicas, para prestação de serviço de transporte de alunos da rede municipal de ensino fundamental e educação infantil, dentro do Programa de Transporte Escolar Gratuito – Vai e Volta, visando o preenchimento de vagas remanescentes de concorrências anteriormente realizadas.

Os órgãos técnicos desta Corte, embora não trazendo maiores destaques em relação ao desenvolvimento da licitação, desde a sua abertura até a homologação, apontaram irregularidades no que concerne à falta de estimativa de custos para a contratação, ausência de previsão de recursos orçamentários para o exercício de 2003 e falta de amparo legal ao procedimento licitatório, tendo em vista que o Programa de Transporte Escolar Municipal Gratuito foi criado pelo Decreto n° 41.391, de 20 de novembro de 2001, sem o respaldo de lei municipal autorizadora, não bastando embasar o referido Decreto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei Federal n° 9.394/96, ou na Lei Municipal n° 13.245, de 26 de dezembro de 2001, que apenas qualificavam a despesa com transporte escolar como de manutenção e desenvolvimento do ensino.

Notificada acerca das irregularidades apontadas, a Secretaria Municipal de Transportes sustentou não existirem as irregularidades de ordem financeira ou mesmo de falta de respaldo legal ao procedimento, como apontado, pois foi dado cumprimento à Lei Orgânica do Município, com as alterações introduzidas pela Emenda nº 24/2001, e à Constituição Federal, tendo a Lei Orçamentária n° 13.615/2003 consignado dotação específica destinada à Secretaria de Educação para atender às despesas de competência daquela Pasta, especialmente para garantir o acesso aos serviços educacionais, aí compreendido o transporte de escolares da rede municipal de ensino, nos valores ali mencionados, suficientes para albergar todos os contratos oriundos da licitação e também as vagas remanescentes porventura existentes.

A Auditoria manteve seu pronunciamento anterior pela irregularidade da licitação, por concluir que a Origem não apresentou justificativa para a falta de estimativa do valor da contratação. Apontou que o valor total das dotações previstas na Lei Orçamentária do exercício de 2003, por se destinar à totalidade do Programa Vai e Volta, não era suficiente para demonstrar a existência de recursos necessários à contratação, o que era confirmado pelo fato da Assessoria Econômico-Financeira da SMT não ter podido emitir parecer conclusivo

sobre a existência de disponibilidades orçamentárias, mesmo após o despacho de homologação, situação esta que também não restou justificada.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo endossou a conclusão da Auditoria, acrescentando que a Lei Orgânica do Município de São Paulo e a Constituição Federal não davam respaldo à ação municipal destituída de normatização própria. Por outro lado, entendeu que a lei orçamentária não seria suficiente para autorizar gastos com transporte escolar gratuito, por ser regida pelos princípios da especificação e da exclusividade, além de não poder estabelecer as formas e condições de prestação do serviço pelo Município, e que isto foi reconhecido pela própria Administração Pública, com a edição da Lei nº 13.697, de 22 de dezembro de 2003, que veio dispor sobre a criação do Programa de Transporte Escolar Gratuito, revogando expressamente o Decreto nº 41.391/01, em momento posterior ao certame. Reiterou, assim, sua manifestação no sentido da irregularidade do mesmo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal (fls. 208/211) sustentou que o comando constitucional, contido no "caput" do artigo 220 da LOM, não comportava discussão, devendo ser cumprido, sendo que a falta da contratação tratada nestes autos levaria o Município a descumprir seu "munus" constitucional. Considerando destituído de vícios o Decreto nº 41.391/01, por viabilizar o comando constitucional, estando a despesa, inclusive, amparada na Lei Municipal nº 13.615/03, que tratou do orçamento de 2003, propugnou pelo reconhecimento da regularidade da licitação em exame e das despesas dela decorrentes.

A Secretaria Geral, quanto ao cálculo do valor estimado da contratação, ponderou que o fato de se tratar de concorrência complementar às 13 realizadas anteriormente, e com o mesmo objeto, torna possível presumir, sob as mesmas bases, a existência de valores estimados por criança transportada e para a remuneração de veículos. Por outro viés, concluiu que o procedimento licitatório e as despesas dele originadas não se encontravam amparados por lei, diante da extemporaneidade da Lei Municipal nº 13.697, de 22 de dezembro de 2003, e, por fim, apontou irregularidade no edital da licitação em face da utilização do critério de julgamento de preço-base, não contemplado pelo artigo 45, parágrafo 1º, da Lei Federal nº 8.666/93, que inclusive veda, no artigo 40, inciso X, a fixação de preços mínimos na licitação.

Intimados o Secretário Municipal de Transportes à época, autoridade responsável pela autorização da abertura da licitação, bem como a Origem, deixou esta transcorrer "in albis" o prazo conferido para apresentação de defesa e justificativas.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo conclui, então, que a defesa apresentada pelo Secretário da pasta dos Transportes, à época, se baseia na mesma argumentação antes apresentada pela SMT, sendo incapaz de justificar as irregularidades apontadas anteriormente, e, ainda, afirma não ter o defendente justificado a utilização do critério de julgamento adotado. Assim sendo, reiterou suas conclusões precedentes no sentido da irregularidade da licitação.

A Procuradoria da Fazenda Municipal ratificou integralmente sua anterior manifestação pela regularidade do procedimento licitatório e das despesas dele decorrentes.

A Secretaria Geral, diante da falta de argumentos da Origem que pudessem se contrapor às irregularidades apontadas, posicionou-se pelo não-acolhimento do ajuste, reconhecendo os efeitos financeiros do contrato, tendo em vista o princípio da segurança das relações jurídicas.

É o relatório.

Voto

Os elementos constantes dos autos não trazem maiores destaques em relação ao desenvolvimento da Concorrência n° 11/02-SMT, desde a sua abertura até a homologação. No entanto, de certa forma extrapolando o mero acompanhamento da licitação, algumas irregularidades foram levantadas em relação ao procedimento, sob a perspectiva de suas diversas fases, as quais cumpre considerar.

Acerca da suscitada irregularidade do procedimento licitatório, diante da inexistência de lei que, à época, desse amparo ao Programa de Transporte Escolar Municipal Gratuito, a questão merece ser examinada com cautela, notadamente no que se refere ao mérito da ação administrativa.

Promulgada em 1990, a Lei Orgânica do Município preconiza que a Educação, no Município, será ministrada com base nos princípios das Constituições Federal e Estadual e nos dela próprios, inspirada nos sentimentos de igualdade, liberdade e solidariedade, cabendo ao Município organizá-la como sistema destinado à universalização do ensino fundamental e da educação infantil. Garante, assim, o atendimento público em pré-escola às crianças de até seis anos de idade, assegurando igualdade de acesso e permanência nos sistemas de ensino, consoante princípios insertos na Constituição Federal, que por sua vez determina expressamente o dever do Estado no sentido do atendimento aos educandos no ensino fundamental por meio de, entre outros, programas suplementares de material didático-escolar, TRANSPORTE, alimentação e assistência à saúde (CF, art. 208).

Diante desse cenário, consigno meu ponto de vista no sentido de que o transporte gratuito dos alunos da rede de ensino municipal, não podendo deixar de ser oferecido pelo Poder Público Municipal, por imposição constitucional e da Lei Orgânica do Município, configurou à época, à mingua de lei específica ou em face da inércia ou do branco legislativo, serviço público prestado pela Administração. Isso por si só, ao meu ver, bastaria à discussão lançada.

No entanto, ainda que tal entendimento fosse objeto de eventuais discussões, vale considerar que, à época do procedimento sob análise, a ação administrativa decorreu do disposto no Decreto Municipal n° 41.391/2001, fundamentado que estava na Constituição Federal, artigo 208, na Lei Orgânica do

Município de São Paulo, artigo 203, e na Lei Federal n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Esta última, ao definir as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, considera as despesas com programas de transporte escolar como de manutenção e desenvolvimento do ensino, dispondo acerca da incumbência do Município em assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal (artigo 11, inciso VI, da LDB, com a redação dada pela Lei nº 10.709, de 31 de julho de 2003).

Somado a isso, encontrava-se ainda a autoridade pública amparada nas leis orçamentárias municipais de 2002 e 2003, que autorizavam a realização de despesas com o transporte escolar de EMEI e EMEF, por meio da consignação de dotações específicas nos orçamentos daqueles exercícios.

Aliás, calha destacar que a referida Lei Municipal, ao dispor sobre a criação do Programa de Transporte Escolar Municipal Gratuito – Vai e Volta, no Município, incorporou, "in totum", as normas estabelecidas pelo anterior Decreto n° 41.391/2001, tanto que este acabou sendo por ela mesmo expressamente revogado. Por conseguinte, entendo que o procedimento licitatório de que se cuida não possa ser, sob esse enfoque, cunhado de irregular, gerando irregularidade à ação administrativa, uma vez que se encontravam amparados pelos cânones constitucionais.

Quanto aos aspectos de ordem financeira e contábil apontados, meu entendimento se alinha, neste particular, ao da Secretaria Geral, no sentido de que, por se tratar de concorrência complementar às treze anteriormente realizadas, é possível presumir, sob as mesmas bases, os valores estimados por criança transportada e para a remuneração de veículos condutores.

Assim penso, inclusive, frente às justificativas técnicas da Origem relativamente ao cálculo do valor a ser despendido por criança transportada, constantes do TC 2.839.02-08, já julgado, em que esta Corte decidiu pela improcedência de representação contra o edital da Concorrência n° 004/02-SMT.G, cujo objeto também era a contratação de serviços para o transporte escolar gratuito.

Ademais, ressalto que, no Relatório de análise do Balanço do exercício de 2003 (TC n° 1.481.04-04), foi constatada pela Auditoria, relativamente ao transporte escolar de EMEI e EMEF, despesa realizada com 1.703 condutores, no valor médio recebido por condutor de R$ 4.085,86, com recursos empenhados no valor de R$ 69.178.627,00, menor portanto do que os recursos constantes do orçamento atualizado, que foram da ordem de R$ 69.798.664,00.

Por último, no que diz respeito à questão apontada pela Secretaria Geral, de haver o edital do certame utilizado critério de julgamento não admitido pela lei, dada a fixação dos valores mínimo e máximo por criança transportada, a configurar o critério de preço-base, cumpre-me ponderar o quanto se segue.

A Lei Federal n° 8.666/93, ao estabelecer os tipos de licitação (artigo 45, § 1°), vedou a utilização de outros tipos que não os por ela previstos (artigo 45, § 5°). Por sua vez, ao dispor sobre o conteúdo dos editais, no artigo 40, incluiu o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitindo a fixação de preços máximos e vedando a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixa de variação em relação a preços de referência, ressalvado o quanto disposto nos §§ 1° e 2° do seu artigo 48.

O fato de a Lei estabelecer que o edital possa fixar preços máximos, mas não preços mínimos, guarda perfeita consonância com os princípios que decorrem do próprio princípio da licitação, como os da isonomia, competitividade e economicidade.

Embora o critério de julgamento utilizado no edital esteja aparentemente contrariando a vedação a que se refere a Lei, releva ponderar se, no caso em questão, a regra adotada pela Origem ofende, de alguma forma, os referidos princípios, tendo em vista o resultado do certame e as informações coligidas nos autos do TC n° 2.839.02-08, antes mencionado.

Isto porque, às fls. 119/122 do feito a que se faz referência, encontra-se justificativa técnica da Origem relativamente à alteração do critério que até então vinha sendo usado para remuneração dos serviços de transporte de escolares para o NAE 1. Frente a uma participação de licitantes aquém do esperado na licitação anteriormente realizada, concluiu a Origem que a forma de remuneração por km rodado, até então utilizada, além de não ser atrativa à participação de um maior número de licitantes, provocava distorção em face da concentração de oferta de veículos de baixa capacidade, o que estaria a ensejar, para a Administração, a obrigatoriedade de ser ultrapassado o número estimado de veículos, aumentando conseqüentemente o custo do Programa.

Pelo modelo de remuneração então utilizado, concluiu a Origem que se um veículo rodasse 100 km por dia com apenas uma criança, acabaria recebendo mais do que outro que rodasse 10 km por dia com 25 crianças. Assim, entendeu necessário que parte da remuneração fosse fixada em função do número de crianças transportadas, a fim de incentivar, inclusive, o aumento da capacidade do veículo até o limite definido pelo DETRAN, atraindo maior número de interessados e não apenas os proprietários de veículos menores.

Referindo-se à realização de várias simulações de valores, feitas com o objetivo de mudar o perfil da frota ofertada e garantir uma remuneração suficiente para a perfeita prestação dos serviços, entendeu a Origem que esse valor estaria na faixa de R$ 28,00 a R$ 32,00, calculados dentro dos limites da dotação orçamentária autorizada para o Programa.

Assim se encontra justificada pela Origem a referida faixa de valores, nos autos daquele TC: **‘deve-se ressaltar que valores inferiores a este piso podem agravar ainda mais o problema do desinteresse dos transportadores, pois no caso dos veículos com capacidade de 18 lugares (16 crianças efetivamente transportadas) se adotado o valor de R$ 28,00 sua remuneração de mão-de-obra já será inferior à forma atual que é de R$**

1.500,00. Nestes termos, como o piso de R$ 28,00 por criança transportada já resulta em valor de mão de obra inferior ao inicialmente definido, não se pode adotar valores menores sem comprometer a qualidade ou mesmo a exeqüibilidade da prestação dos serviços'.

Foi então adotada a forma de remuneração que acabou por constar também do edital da Concorrência n° 011/2002, ora examinado, em que a composição do valor a ser pago pelos serviços prestados incluiu o número de crianças transportadas, tendo o edital estabelecido, de antemão, os valores mínimo e máximo a servirem de parâmetro para desclassificação de propostas com preços inexeqüíveis ou em valores excessivos (item 5.2).

Dados obtidos em publicação da Folha on-line de 18/04/05 demonstraram que a preocupação da Origem em alterar o critério de remuneração, a fim de tornar mais atrativa a licitação, sem perda da qualidade do serviço, vai inclusive ao encontro das conclusões a que chegaram o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP e a União Nacional de Dirigentes Municipais de Educação – UNDIME, no sentido de que, na composição dos custos do transporte escolar, a locação de veículos ocupa um lugar predominante (72%), seguido do combustível (9,31%) e dos passes escolares (6,01%), contribuindo a manutenção com 4,50%.

Segundo os elementos de instrução dos presentes autos, inúmeros foram os licitantes classificados na Concorrência n° 011/2002, pelo que se conclui que o critério estabelecido no edital, a par de contar com justificativa técnica e estar dotado de transparência, não afrontou o princípio da competitividade, embora tenha concorrido para empate entre as propostas.

Por fim, acresce destacar que o Tribunal de Contas da União já chegou a entendimento no sentido da flexibilização, em certos casos, da vedação estabelecida pelo artigo 40, inciso X, da Lei 8.666/93. Examinando cláusula de edital que, visando a contratação de empresa especializada na intermediação de mão-de-obra para o fornecimento de assistentes e auxiliares operacionais, estabeleceu valores mínimos para a remuneração das categorias profissionais a serem contratadas, assim se expressou o Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça:

> **'Inicialmente, faz-se necessário admitir – e os fatos o comprovam – que a estipulação de valores mínimos para os salários dos prestadores de serviço em nada afetou a competitividade do certame. 41 empresas participaram do certame, ofertando um total de 126 lances. E não é surpresa que assim tenha sido, afinal, o estabelecimento de um mesmo piso salarial a ser seguido por todas as licitantes que em tese não cria condições suficientes para favorecer algumas das empresas em detrimento das demais. Ao contrário, poderia-se até afirmar que o estabelecimento prévio de uma referência para os salários a serem pagos aos empregados diminui o**

grau de incerteza das empresas na composição de seus custos e na segurança da disponibilidade de mão-de-obra qualificada disposta a trabalhar por aquela remuneração, o que pode funcionar como um atrativo ao comparecimento de mais interessadas ao certame.

....

Observo, por último, que não está se propondo a desconsideração da vedação ao estabelecimento de preço mínimo imposta pelo art. 40 da Lei n° 8.666/93 que, aliás, constitui notável avanço em relação ao regime do antigo Decreto n° 2.300/86. Trata-se, aqui, de uma situação específica, em que o estabelecimento de piso salarial visa preservar a dignidade do trabalho, criar condições propícias à eficiente realização do serviço e não implica benefícios diretos à empresa' (Processo 017.900/2004-8; Acórdão 256/2005 – Plenário).

À vista, pois, do entendimento dos órgãos técnicos desta Corte e da Procuradoria da Fazenda Municipal, conheço dos relatórios produzidos e julgo regular o procedimento licitatório que deu origem a este TC.

Em face da observação constante nas manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, determino, ainda, que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, em autos apartados, analise as despesas decorrentes da Concorrência n° 011/2002-SMT.GAB

Voto em separado

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ao analisar o Edital de Licitação, na modalidade Concorrência número 11/02, aberta pela Secretaria Municipal de Transportes, atinente a serviços de transporte de alunos da Rede Fundamental e Educação Infantil, dentro do Programa de Transporte Escolar Gratuito – Vai e Volta, conclui pela irregularidade do procedimento licitatório por dois motivos: a) falta de estimativa de custos para a contratação, em desacordo com o artigo 7º, parágrafo 2º, inciso II, da Lei Federal número 8.666/93, combinado com o artigo 2º, inciso VI, do Decreto Municipal número 41.772/02 e b) falta de previsão de recursos orçamentários para o exercício de 2003, em desacordo com o artigo 7º, parágrafo 2º, inciso III da Lei Federal número 8.666/93 e Decreto Municipal número 23.639/87 e artigo 2º do Decreto Municipal número 41.772/02.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, endossando a existência das irregularidades apontadas pelo órgão auditor, enfocou outra irregularidade, qual seja, a ausência de lei instituindo o programa de transporte escolar gratuito, autorizando respectiva despesa, pressuposto esse não suprido pelo Decreto número 41.391/01, originário do Poder Executivo. Portanto, o procedimento licitatório não tem amparo em lei que o legitime.

Em sua manifestação, a Procuradoria da Fazenda Municipal acolheu as justificativas da Origem, entendendo aceitável o fato de os recursos orçamentários estarem alocados na Secretaria Municipal de Educação e aprovados no orçamento de 2003, enquanto a licitação ocorreu na Pasta dos Transportes, bem como entendeu estar o programa de transporte escolar inserido no dever estatal de oferecer a educação gratuita, nos termos dos artigos 205 e 206 da Constituição Federal, combinado com o artigo 70, inciso VIII, da Lei número 9.394/96 de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, fundamentos do Decreto Municipal número 41.391/2001, que instituiu referido programa no Município de São Paulo.

Por seu turno, a Secretaria Geral, acompanhando as conclusões alcançadas pelos órgãos técnicos preopinantes, acrescentou ao rol de irregularidades mais uma, a saber, a utilização de critério de julgamento no edital, excluído do ordenamento jurídico desde a edição da Lei Federal número 8.666/93. Assim, posicionou-se pela irregularidade da licitação, mas em razão do tempo decorrido e em nome do princípio da segurança das relações jurídicas, reconhece os respectivos efeitos financeiros.

Considerando as manifestações dos Órgãos Técnicos desta Corte e da Secretaria Geral, cujos fundamentos adoto como razões de decidir, **JULGO IRREGULAR** a Concorrência número **11/02** sob exame, bem como as despesas decorrentes e **NÃO RECONHEÇO** os efeitos financeiros produzidos pelo certame licitatório, objeto do processo ora julgado.

Em razão das impropriedades cometidas, **APLICO** ao Ordenador da Despesa a multa de R$ 381,00 (trezentos e oitenta e um reais), nos termos do inciso II do artigo 52 da Lei número 9.167/80

Voto de desempate

Cuidou-se, nos autos, do acompanhamento do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência (n° 11/02), levada a efeito pela Secretaria Municipal de Transportes, objetivando a contratação de serviços de transporte de alunos da rede municipal de ensino.

O Nobre Conselheiro Relator conheceu os relatórios produzidos e julgou regular a licitação em análise.

Determinou que, em autos apartados, analisem-se as despesas dela decorrentes.

Rechaçou, com os argumentos minudentemente expostos em seu voto, as irregularidades apontadas por SFC e AJCE, quais sejam:

- falta de estimativa de custos;
- falta de recursos orçamentários para o exercício;

- falta de respaldo legal para a contratação, em face da inexistência de lei autorizadora para criação do Programa de Transporte Municipal gratuito;

- utilização de critério de julgamento não contemplado pela lei federal de licitação.

Neste passo, reporto-me às razões contidas no voto do I. Relator, evitando-se, assim, repetição desnecessária.

Acompanhou-o, na íntegra, o Nobre Conselheiro Roberto Braguim, Revisor.

O Nobre Conselheiro Edson Simões, no entanto, em voto apresentado em apartado, julgou irregular a concorrência, bem como as despesas decorrentes, sem reconhecimento dos efeitos financeiros, fundamentando seu voto nas manifestações dos órgãos técnicos desta Corte e da Secretaria Geral.

Seguiu-se o I. Conselheiro Eurípedes Sales.

Acompanho a corrente formada pelos Nobres Conselheiros Maurício Faria e Roberto Braguim e voto pela aceitação da Concorrência n° 11/02.