JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.005.208.01-24

Concorrência – contrato – Anhembi – pagamento antecipado – previsão no instrumento convocatório – prestação de garantia efetiva e idônea – situação excepcional – julgada regular a concorrência – acolhido o contrato – vencido, em parte o Cons. Edson Simões

Relatório

Cuida-se, no presente, da análise do certame licitatório – Concorrência nº 001/01 – promovido pela Anhembi Turismo e Eventos da Cidade de São Paulo S/A e do contrato dele decorrente – Contrato nº 021/2001 –, celebrado com a VR Vales Ltda., tendo por objeto a prestação de serviços de fornecimento mensal de vales-transporte destinados aos empregados da empresa, no valor anual estimado de R$ 494.400,00 (quatrocentos e noventa e quatro mil e quatrocentos reais).

Em primeira intervenção, a antiga Divisão Técnica III considerou regular a concorrência realizada e irregular o ajuste, por desatendimento ao disposto no artigo 29, III, combinado com o artigo 55, XIII, ambos da Lei Federal nº 8.666/93, em razão da inexistência, à época da contratação, de certidão de tributos mobiliários municipais – posteriormente encaminhada pela Origem –, ressaltando, ainda, a remessa extemporânea da documentação solicitada.

A Assessoria Jurídica considerou regulares a licitação e o ajuste, afirmando que a remessa extemporânea dos documentos não vicia o ato praticado em sua essência, podendo ser relevada a falha.

Após manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, que propugnou pelo acolhimento do ajuste, determinei a intimação da Origem para esclarecer as condições de pagamento avençadas, uma vez que o item I, letra "o", do contrato, previa a sua efetivação antes da entrega dos vales-transporte.

A Anhembi alegou, então, que é sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, sujeita ao regime das empresas privadas, consoante dispõe o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, sujeitando-se, apenas, à realização do procedimento licitatório, consoante prescreve o artigo 1º da Lei Federal nº 8.666/93, não constituindo, o ato em análise, ato público ou de atribuição pública, mas tão-só a aquisição de produto indicado no edital licitatório, a par de não ter causado qualquer prejuízo ao erário.

A antiga Divisão Técnica III, por minha determinação, apontou, em relação aos contratos anteriores, que dois deles – objeto dos TCs nºs 1.849.96-06 e 3.517.97-20 – previam o pagamento no ato da entrega, e um terceiro – TC nº 10.148.98-76 – vedava expressamente o pagamento antecipado.

A AJ realçou, em seqüência, que, enquanto não editada a lei constitucionalmente prevista, as sociedades de economia mista devem obedecer às disposições da Lei Federal nº 8.666/93.

No que pertine ao pagamento antecipado, opinou pela sua possibilidade, uma vez satisfeitos dois requisitos, quais sejam: a previsão no instrumento convocatório e a prestação de garantia efetiva e idônea, a fim de evitar prejuízos à Administração.

Por entender presentes tais requisitos, propugnou pela regularidade dos procedimentos.

No mesmo sentido posicionaram-se a Subsecretaria de Fiscalização e Controle e a Secretaria Geral.

Determinei, a seguir, nova manifestação da Origem, justificando a opção pelo pagamento antecipado, com indicação dos benefícios dele decorrentes para a Administração.

Em resposta, esclareceu a Origem que a aquisição dos vales-transporte diretamente da SPTrans acarretava riscos decorrentes do transporte de valores, vez que a compra era efetivada por dois empregados da empresa, que se utilizavam do serviço de táxis.

Tal fato levou à opção pela aquisição de terceiros, hipótese em que a prática de mercado é o pagamento antecipado, sendo os valores contratados segurados até a entrega do produto.

A AJ e a PFM reiteraram manifestações anteriores, pela regularidade dos procedimentos.

É o relatório.

Voto

Deixo consignado, por primeiro, que endosso a manifestação da Assessoria Jurídica, no que pertine à obrigatoriedade de a Anhembi sujeitar-se aos ditames da Lei Federal nº 8.666/93, não só em razão da previsão constante do parágrafo único do artigo 1º, que determina a sua observância pelas sociedades de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mas também em razão do regramento da matéria no âmbito municipal.

Despiciendo alongar-me no exame deste tópico, eis que a recente Lei Municipal nº 13.278/02, que versa sobre licitações e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo, em seu artigo 1º, parágrafo único, prescreve a subordinação dessas empresas às normas nela estabelecidas.

Trata-se, na verdade, de lei específica, que respeita, por óbvio, as normas gerais insertas na Lei Federal nº 8.666/93.

Mais recentemente, em 19/02/04, foi publicado o Regulamento das Contratações e Instrumentos Congêneres da Anhembi, mencionando, expressamente, o artigo 2º,

que tal regulamento é editado nos termos da Lei Municipal nº 13.278/02 e das normas gerais das Leis Federais nº 8.666/93 e 10.520/02, pondo fim à controvérsia.

Superado este primeiro ponto, tenho para mim que a questão primordial, nestes autos, concerne ao pagamento antecipado dos vales-transporte, que seria efetivado em até 3 (três) dias úteis anteriores à data de cada uma das entregas, consoante item II.2 do ajuste. Sobre o tema, trago à colação a lição de Diógenes Gasparini, espelhada em 'Cadernos de Direito Municipal', do seguinte teor:

"O rigoroso entendimento de que o pagamento de qualquer parcela do preço ajustado só é possível desde que o objeto do contrato esteja concluído, entregue e recebido em caráter definitivo ou que, pelo menos parte da obra, do serviço ou do fornecimento tenha sido efetivamente entregue restringe o universo de interessados, frustrando, assim, a competitividade, princípio da essência da licitação". ("Pagamento Antecipado nos Contratos Administrativos", RDP-97, pág. 241).

É certo que o pagamento antecipado só se justifica em situações excepcionais, balizado pela especificidade do contrato a ser celebrado, segundo lição de Floriano Peixoto de Azevedo Marques e Marcos Augusto Perez, estampada na Revista Trimestral de Direito Público, Pareceres, página 109.

Na verdade, o que se exige para essa antecipação, nessas situações excepcionais, é que exista previsão no instrumento convocatório e que sejam prestadas garantias efetivas e idôneas para evitar prejuízos à Administração.

Confira-se, sobre o tema, o magistério de Marçal Justen Filho, mencionado pela AJ:

"O pagamento antecipado depende da existência de dois requisitos.

Primeiramente, só poderá ocorrer quando previsto no ato convocatório. Desse modo, amplia-se o universo de competidores, especialmente aqueles que não disporiam de recursos para custear a prestação. Todos competidores terão reduzidos seus custos e, desse modo, a Administração será beneficiada. Porém, a Administração não poderá sofrer qualquer risco de prejuízo. Por isso, o pagamento antecipado deverá ser condicionado à prestação de garantias efetivas e idôneas destinadas a evitar prejuízos à Administração". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 8ª edição, pág. 511).

Na espécie, a Origem inseriu no edital – item VIII – Dos pagamentos – a previsão do pagamento antecipado, satisfazendo, assim, o primeiro requisito.

De outro lado, o item IX – Do Contrato – no subitem 31.01, estabeleceu que o licitante vencedor deveria prestar garantia de execução do contrato, de 5% (cinco por cento) de seu valor total, mediante caução em dinheiro, seguro-garantia ou fiança bancária.

Demais disso, a contratante informou, quando instada a prestar esclarecimentos, que os valores contratados estavam segurados até a efetiva entrega do produto, atendendo, assim, ao requisito atinente à garantia da Administração, no sentido de evitar prejuízo ao erário, assegurado, pois, o respeito ao interesse público.

Isto posto, julgo regular a Concorrência nº 001/01 e acolho o Contrato nº 021/2001, ora examinados.

É o voto.

TCM, 20 de outubro de 2004.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

Voto em separado

ACOLHO o Contrato número **21/01**.

Porém, tendo em vista a impropriedade apontada quanto à remessa extemporânea dos documentos ao Tribunal, **APLICO** ao Ordenador da Despesa, à época dos fatos, a **MULTA** de R$ 335,00 (trezentos e trinta e cinco reais), com fundamento no artigo 52, inciso II, da Lei número 9.167/80.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de outubro de 2004.

EDSON SIMÕES
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

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

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar regular a Concorrência 001/01 e acolher o Contrato 021/2001.

Vencido, em parte, o Conselheiro EDSON SIMÕES, nos termos do voto apresentado em separado.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA - Revisor, EDSON SIMÕES e EURÍPEDES SALES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de outubro de 2004.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator