JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.006.053.00-44

Representação - Associação Brasileira das Empresas de Conservação Ambiental - edital de licitação na modalidade Concorrência Pública 004/00 - contratação de empresa para a execução de serviços de limpeza, conservação e jardinagem em 273 creches - competitividade - orçamento básico como anexo obrigatório - exigência de atestados de desempenho anterior desconformes com a lei - decretada a nulidade do edital - com determinação à Origem para esclarecimentos da necessidade da terceirização dos serviços - pessoal admitido e contratado, sua função e aproveitamento em outras tarefas - reformulação do edital - aplicação de multa de 238 UFIRs ao ordenador da despesa e cada membro da Comissão dos Licitantes - prazo de dez dias para atender às determinações - RECURSOS interpostos - conhecidos, por presentes os pressupostos de admissibilidade - rejeitadas as preliminares argüidas pelos membros da Comissão de Licitação - provimento parcial - eximindo os recorrentes da pena de multa.

R E L A T Ó R I O

A **ABECAM – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE CONSERVAÇÃO AMBIENTAL**, sociedade civil de fins não lucrativos, dirigiu a presente representação a este Tribunal, onde questiona a legalidade de cláusulas ou itens do Edital de Concorrência n.º 04/00-SAS, que tem por objeto a contratação de uma única empresa para execução dos serviços de limpeza, conservação e jardinagem em 273 creches administradas pela Pasta (fls. 3/82).

Ante a gravidade dos vícios argüidos e a plausibilidade dos argumentos expendidos, determinei, "*ad cautelam*", a suspensão temporária do certame e demais providências complementares, inclusive a intimação do Secretário da Pasta e do Presidente da Comissão Processante para o cumprimentos daquela Ordem, e a colheita das manifestações dos órgãos técnicos, consoante o despacho visto às fls. 83/84.

Na instrução do expediente, o **Departamento de Auditoria** promoveu a juntada de cópias dos atos praticados no certame, sobremaneira do Edital de Licitação e das impugnações administrativas dirigidas à Comissão de licitação, e apresentou o relatório de inspeção de fls. 285/288, onde esclarece a inexistência de contratos anteriores para a prestação

dos serviços licitados, os quais vêm sendo realizados pelos próprios servidores das creches, prejudicando uma análise mais aprofundada do assunto.

Por instância da **AT-Jurídica**, o mesmo Órgão apresentou o Relatório de Acompanhamento do Edital de fls. 292/298, concluindo que o Edital da Concorrência em causa não se amolda à vários dispositivos da legislação vigente, sobretudo os itens 4.3.2.4, 4.3.3.1 e 4.3.3.2, relativos à documentação exigida, e itens 3.4, 3.5 e 3.9, referentes à minuta do futuro contrato.

No parecer exarado às fls. 301/310, a Assessora Técnica Dra. EVENI LONGO registra, em preliminar, a legitimação da ABECAM para representar a este Tribunal, em face do que dispõe o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e, no mérito, aprecia as questões suscitadas, opinando pelo seu acolhimento para o fim de ser refeito o ato convocatório, expungindo-o dos vícios apontados.

Na mesma linha, o parecer da **Procuradoria da Fazenda Municipal**, após o referendo da Subchefia e Chefia daquela Assessoria Jurídica (fls. 313).

A **Secretaria Diretoria Geral** dá sua adesão a esse entendimento, na derradeira manifestação técnica de fls. 314/317, onde propõe a acolhida da representação para efeito do refazimento do indigitado Edital, com eliminação dos vícios assinalados.

É o relatório abreviado.

VOTO

1. O presente TC examina a representação formulada pela **ABECAM**, apontando irregularidades no Edital de Concorrência destinado à contratação de única empresa para a prestação dos serviços de limpeza, conservação e jardinagem em 273 creches administrativas pela Secretaria de Assistência Social.

O direito de peticionar aos Tribunais de Contas tem arrimo no art. 113, § 1º, da Lei Federal n.º 8.666/93, que permite a qualquer pessoa física ou jurídica, licitante ou não, representar contra irregularidades na aplicação de seus dispositivos e comandos.

A representante comprovou possuir estatutos registrados no 3º Cartório de Títulos e Documentos, e inscrição regular no CNPJ, estando, assim, legitimada ao exercício daquela faculdade legal.

Com esse destaque preliminar, passo à análise das principais objeções levantadas ao indigitado Edital de Licitação, resumidas aos seguintes pontos:

a) violação ao princípio da competitividade;

b) ausência de orçamento básico;

c) exigências de atestados técnicos em desconformidade com o art. 30, inc. IV, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/93;

d) exigência de registro profissional no Conselho Regional de Administração – CRA.

1. A competitividade como um dos princípios básicos do procedimento licitatório

A licitação, como procedimento administrativo destinado a selecionar a proposta mais vantajosa, realiza-se eficazmente mediante a rigorosa observância das fórmulas legais, e, sobretudo, dos princípios que visam dar estabilidade e garantia a todos os participantes e assegurar a consecução do objeto pretendido, em condições favoráveis à Administração Pública.

Entre esses princípios sobreleva o da competitividade, que, malgrado não venha expresso no art. 3º da Lei nº 8.666/93, insere-se entre os chamados princípios correlatos. É o que anota JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, ao registrar que:

> ***"A nenhum servidor da Administração Pública é dado, por qualquer modo, violar o caráter competitivo da licitação. Este é de sua essência, é a razão de existir do instituto. Deveria figurar entre os princípios do "caput" do art. 3º, embora se possa presumir sua presença entre os correlatos, tanto que será inexigível a licitação "quando houver inviabilidade de competição" (art. 25).***
> ***(Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar/RJ, 1995, pág. 35).***

Por isso, ainda no dizer do mesmo autor:

> ***"Licitação sem competição é fraude ou não licitação."***

Realmente, não se pode conceber um processo, por excelência competitivo, que se realize sem que se dê iguais oportunidades e condições a todos interessados em participar da pugna, dentro de certas regras e exigências.

Por isso, restringir o campo de participação, através da instituição de condições e exigências que só poucos podem atender, fere frontalmente o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei 8.666/93, que taxativamente veda ao agente público:

> ***"I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato."***

No caso em exame, o que se tem por meta é a contratação de serviços de ***"limpeza, conservação e jardinagem em 273 creches da rede administrada pela SAS".***

Como se nota, trata-se de objeto de grande amplitude que, por sua natureza, recomenda sua repartição por lotes ou grupos, tomando por base a própria divisão geográfica

deste imenso território municipal, para se obter maior eficácia e produtividade na prestação dos serviços.

Aliás, é o que estabelece o artigo 23, § 1º, do Diploma Federal em estudo, ao dizer que:

> ***"As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala."***

Este dispositivo é de grande alcance, pois permite que pequenas organizações empresariais, atuantes na área específica do objeto contratual, participem do processo licitatório, em igualdade de condições com empresas de médio ou grande porte, ampliando o universo de contendores.

Sobretudo na hipótese concreta deste TC, em que o contrato licitado é de serviços a serem prestados em 273 creches, disseminadas pela vastidão territorial desta URBE, e onde prepondera a mão-de-obra operacional, a divisão do objeto por regiões é a que melhor atende à vontade da lei, expressa na regra suso mencionada.

O que não se compreende á a restrição estabelecida no Edital de Concorrência de contratação de ***"uma única empresa"*** para execução dos serviços em creches espalhadas por locais distantes e diversificados, o que implicou em exigências maiores, como aquela vista na cláusula 4.3.3.2, de apresentação de atestado comprovando a execução de serviços passados com um mínimo de 500 funcionários.

Essa exigência, como adiante ficará melhor evidenciado no desenvolvimento deste voto, também ofende à lei, porque, de modo algum, implica em se reconhecer maior capacidade de desempenho anterior, tendo-se presente a própria natureza dos serviços pretendidos.

O que causa espanto é que nem a Origem, e nem o Presidente da Comissão de Licitação, a despeito de intimados do despacho suspensivo, justificaram ou saíram em defesa daquela malsinada estipulação editalícia.

Nem se pode conceber a idéia de que a contratação de uma só empresa, para a execução global dos serviços, traria maior vantajosidade, porque sempre seria lícito a Administração Pública instituir mecanismo no edital, tornando obrigatória a equiparação do preço contratual à proposta classificada em primeiro lugar, como condição de adjudicação do ajuste pretendido, respeitada sempre a ordem de classificação das propostas.

Sob esse enfoque, a disposição editalícia, impugnada pela representante com o respaldo dos órgãos técnicos jurídicos pre-opinantes, agride, induvidosamente, o princípio da competitividade e os dispositivos legais citados no decorrer deste voto.

Afora isso, o que mais me intriga é o fato de que os serviços vêm sendo executados pelos próprios servidores das creches, inexistindo contrato anterior de terceirização do serviço, de acordo com a informação prestada pela Auditoria (fls. 285/288).

A justificativa da Origem, segundo se depreende da solicitação de abertura de Crédito Adicional Suplementar, formulada pela titular da Secretaria de Assistência Social, é a de que esses serviços estão sendo feitos de forma precária e deficiente, uma vez que não possui quadro de pessoal adequado a tal mister. É o caso de se indagar quais as funções dos servidores que executam os serviços até o instante presente, seu regime jurídico e qual será seu aproveitamento, na eventualidade da terceirização. Talvez o objeto contratual, s.m.j., deveria ser repensado, reduzindo-se a terceirização naquilo em que a Administração não contasse com elementos adequados ou categorizados à boa e eficaz execução daqueles serviços, evitando-se a sangria inútil do Erário Público, já combalido, como largamente se tem noticiado pela Imprensa falada e escrita.

2. O orçamento básico como anexo obrigatório

O edital é o instrumento pelo qual a Administração torna pública sua intenção de contratar. É, como dizem os doutrinadores, o ***diploma interno*** da licitação, que define o objeto da contratação pretendida e fixa as regras e condições em que ocorrerá a disputa e a posterior execução do ajuste.

Como diploma de suma importância, sua confecção deve ser feita com extremos de cautela e com a rigorosa observância dos requisitos estatuídos no art. 40 da Lei Federal Básica, que, inclusive, orienta sua formulação.

Essa mesma norma considera, como anexos obrigatórios do edital, as peças enumeradas no seu parágrafo 2º, dentre as quais o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários (inciso II).

Esse inciso recebeu nova redação com a Lei nº 8.883/94, que corrigiu a impropriedade do texto original, como explica JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR no estudo da norma:

> ***"A Lei nº 8.883/94 corrigiu impropriedade na redação do inciso II do § 2º. O que deve constar do edital, como seu anexo necessário, não é um "demonstrativo" do orçamento, como dizia o texto alterado, mas o próprio orçamento".***

Todavia, como esclarece o mesmo autor:

> ***"O veículo das estimativas orçamentárias – planilha – deve indicar quantidade e preços de cada item, o que não se confunde com "custo", termo utilizado na redação emendada, porque o custo envolve despesas de outra natureza, que cabe ao licitante, e não à Administração estimar, e que terão influência sobre o preço a ser cotado em cada proposta, para mais ou para menos..."***

(Comentários a Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar/RJ, 4ª edição, 1997, pág. 291).

O objetivo do legislador, nessa exigência, visou precipuamente facilitar a compreensão da composição dos preços, o que, inclusive, se justifica no caso concreto, pela diversidade dos serviços a serem prestados: "limpeza", "conservação" e "jardinagem".

A Lei deve ser vista pelo seu lado positivo, e não interpretada segundo os interesses dos filiados que a **ABECAM** representa, pois a vantagem à Administração é a essência e a própria razão de ser da disputa colocada em prática. Sem dúvida que não interessa à Administração contratar alguém que oferece preço vil ou inexeqüível, o que autoriza o alijamento da proposta do licitante audaz ou inidôneo, consoante prevê o art. 60 da lei em comento.

Por outro ângulo, a defesa intransigente do princípio da moralidade expresso no art. 3º, é luta de todos, inclusive dos partícipes da pugna licitatória, que devem, *"opportuno tempore"*, denunciar ao Colégio Licitante os aventureiros ou licitantes desleais.

3. Exigência de atestados de desempenho anterior desconformes com a lei

Outra estipulação editalícia que me pareceu de flagrante ilegalidade, na avaliação preliminar feita ao tempo do Despacho suspensivo, é a do item 4.3.3.2, que exige a apresentação de três atestados de capacidade técnica, sendo que em um deles o licitante deveria comprovar a execução de serviços iguais com um mínimo de 500 funcionários.

Com efeito, o art. 30 da Lei nº 8.666/93, na nova redação que lhe deu a Lei nº 8.883/94, dispôs que a documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:

I – registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

O § 1º, I, desse artigo prescreve, à sua vez, que a comprovação da aptidão referida no inciso II, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

"I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível

> ***superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;"***

Segundo emerge do preceito em estudo, a documentação técnica exigida como ***"Qualificação Técnica"*** deve demonstrar a aptidão técnica do licitante para a execução do objeto pretendido.

Essa comprovação, ainda nos termos da lei, deve ser feita por meio de atestados fornecidos por pessoa jurídica, pública ou privada, respeitada, no entanto, a vedação concernente às exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Esse dispositivo, todavia, não é de fácil inteligência, tanto que tem levado muitos autores a divergirem, em sua opinião quanto ao verdadeiro conteúdo e alcance da norma.

Essa dificuldade é bem ressaltada por JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, nos seus comentários ao artigo em causa:

> ***"A inovação traz certa perplexidade, porque era usual exigir-se dos licitantes, especialmente para comprovação de sua qualificação técnica, um período mínimo de experiência em atividades relacionadas com a execução do objeto da licitação, o que se entendia como cautela razoável da Administração para evitar a participação no certame de empresas sem conhecimento prático específico da execução do objeto, que as recomendasse ao seu correto implemento.***
>
> ***Interpretação restritiva superará o aparente excesso da nova lei. O que esta em verdade prescreve é a exigência de experiência anterior em "locais específicos", e, não, a exigência de experiência anterior. Esta parece indispensável a que a licitação resulte como a mais vantajosa proposta formulada por empresa capaz de dar integral cumprimento às obrigações que contratará, como quer a Constituição da República.***
>
> ***Somente tal interpretação parece harmonizar-se com a regra geral do art. 3º, § 1º, I, no sentido de que nenhuma circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato será incluída no ato convocatório. O local da experiência anterior do licitante será uma destas circunstâncias irrelevantes; importa que haja tido a experiência anterior na execução do objeto. Assim entendido, o preceito justifica a supressão de exigência de***

> ***quantidades e prazos na formação do cabedal de experiências. Interessa tão só que comprove haver realizado adequadamente, em ocasiões pretéritas, objeto da mesma natureza daquele da licitação atual."***
> ***(Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar/RJ, 1995, pags. 202/203)***

Entretanto, entendo que a adequada aplicação da norma legal depende do exame de cada caso concreto, no qual o Colégio Licitante terá melhores condições de aferir qual ou quais atestados são idôneos à comprovação da capacitação técnica anterior.

Na hipótese deste TC, observo, *"ab initio"*, que os serviços licitados abrangem limpeza e conservação de creche e também de jardinagem. Todavia, não vejo, s.m.j., afinidades entre os serviços de jardinagem com os de limpeza, asseio, higienização e conservação de unidades prediais, tanto que existem empresas especializadas somente em jardinagem e outras somente nas demais atividades do objeto licitado. Por isso, seria até recomendável que essas atividades fossem objeto de licitações distintas, de sorte a permitir uma maior participação de interessados, de modo a tornar efetiva a competição do pleito licitatório.

De outra face, a questão sobre o número de atestados necessários à comprovação da capacidade técnica já foi amplamente abordada no TC 72.004.029.99*83, relatado pelo ínclito Conselheiro EDSON SIMÕES, de cujo coto, condutor do v. Acórdão proferido, transcrevo, por sua pertinência e adequação:

> ***"A palavra ATESTADOS, no corpo do dispositivo encontra-se no PLURAL porque a licitante tem a liberdade de apresentar tantos atestados quantos julgar necessários para comprovar sua aptidão.***
>
> ***Estivesse a referida exigência no SINGULAR, aí sim, estaria limitado o licitante a um atestado, uma vez que o plural engloba qualquer quantidade, ao contrário do singular, que não pode ser ampliado.***
>
> ***A aferição da capacidade técnico-operacional exigida deverá ser obrigação da Comissão de Licitação, durante o exame da documentação de habilitação, que analisando o conteúdo do ATESTADO ou ATESTADOS, se pronunciará quanto à suficiência dos mesmos, concluindo que o ÚNICO ATESTADO ou o SOMATÓRIO DE ATESTADOS apresentados são suficientes para a habilitação. "***

Esse entendimento foi ratificado no v. Acórdão de 21.07.99, pronunciado no TC nº 72.004.820.99*75, relator o nobre Conselheiro Antônio Caruso.

Esses precedentes dispensam maiores comentários sobre esse tema.

Tenho para mim, no entanto, que a exigência contida no item 4.3.3.2, no que se refere à comprovação de execução de serviços anteriores com mínimo de 500 (quinhentos) funcionários, não guarda qualquer conformidade com o dispositivo em análise.

Tal fator não é indicativo de capacitação técnica profissional, bastando que a empresa possua corpo tecnicamente qualificado para dar integral cumprimento ao objeto licitado.

Com isso, não estou descartando a possibilidade de o Colégio Licitante estabelecer exigências para a avaliação da capacidade técnico-operacional da empresa licitante, desde que, porém, elas se restrinjam à apuração de **"aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação"**, nos termos do inc. II do artigo 30 sob comento.

O que não se pode, a meu ver, é impor exigências que só servem para afastar competidores, com plena aptidão para a execução do objeto contratual, como aquela vista no item 4.3.3.2, já que o fato de a empresa contar com número elevado de empregados ou servidores, em serviços prestados preteritamente, não é indicativo de capacidade técnico-operacional. O que é relevante, tendo-se em conta a atividade fim pretendida, é que o licitante possua, em seus quadros, equipe profissional qualificada ao bom e fiel desempenho contratual.

Bem por isso entendo que aquela imposição não se ajusta à Lei, por ofender o princípio esculpido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que, no seu texto final, só admite ***"exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".***

A ilegalidade daquela exigência fica mais saliente quando se tem presente objeto contratual perfeitamente divisível por lotes ou grupos e englobando atividades distintas, recomendando até, s.m.j., licitações autônomas, uma para serviços de limpeza, asseio e conservação, e outra para jardinagem, o que, certamente, possibilitará a ampliação do universo de participantes, para contratos de trato sucessivo.

4. Registro no CRA

Por fim, a representação questiona a validade da exigência inserta no item 4.3.3.1, que obriga o licitante a comprovar o registro ou inscrição no Conselho Regional de Administração.

Parece que, como foi exposto na representação, o órgão competente para fiscalização de empresas especializadas em serviços de limpeza predial, com aplicação de produtos químicos necessários à desinfecção e limpeza de ambientes, é o Conselho Regional de Química – CRQ, tanto que o item 4.3.3.4 do Edital exige o Certificado de Anotação de Função Técnica junto a esse Órgão, e o item 4.3.3.7 exige a comprovação da ***"licença de uso de produtos químicos controlados para fins comerciais"***.

Tais explicações são bastante convincentes, pois, como lembra a parecerista da AT-J, essa questão foi enfrentada em matéria publicada no Boletim de Licitação e Contrato nº 12/1996, págs. 618/619, com a seguinte conclusão:

"Portanto, excetuada a legislação estadual, a fixação de cláusula editalícia de comprovação das empresas de asseio, limpeza e conservação perante o Conselho Regional de Administração, afigura-se como descabida, constituindo afronta aos princípios da competitividade e da finalidade da licitação"
(fls. 308).

5. Minuta do contrato

Por fim, o Departamento de Auditoria e a AT-Jurídica apontam imperfeições na minuta do futuro contrato, que deverão ser revistas pela Origem, consoante exposto à fls. 296, item 3.9, e à fls. 309.

Diante de tais ponderações, decreto a nulidade do Edital de Concorrência nº 004/00-SAS, determinando à Origem:

a) maiores esclarecimentos ou justificativas quanto à necessidade da terceirização dos serviços;

b) esclarecimentos sobre o pessoal admitido e contratado para execução dos serviços atuais, indicando sua função e seu eventual aproveitamento em outras tarefas, ou dispensa, em caso de terceirização;

c) reformulação do edital, expungindo-o dos vícios assinalados ao longo deste voto, com verificação da divisão do objeto por lotes ou grupos e conveniência de desdobramento da licitação.

d) por fim, pelos evidentes prejuízos causados à Administração, APLICO, com arrimo no art. 133 do Regimento Interno deste Sodalício, c/c o art. 52, inciso II, da Lei Municipal nº 9167/80, a multa pecuniária equivalente a 238 UFIRs ao Ordenador da Despesa e a cada membro do Colégio Licitante, a qual deverá ser recolhida aos cofres municipais na forma regulamentar.

É como voto, fixando o prazo de 10 (dez) dias para a Origem atender as determinações constantes acima (letras "a", "b", "c" e "d").

TCM, 13 de dezembro de 2000.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.006.053.00-44, incluídos em pauta, na presente sessão, pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – 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, em decretar a nulidade do Edital de Concorrência 004/00-SAS, determinando à Origem:

a) maiores esclarecimentos ou justificativas quanto à necessidade da terceirização dos serviços;

b) esclarecimentos sobre o pessoal admitido e contratado para execução dos serviços atuais, indicando sua função e seu eventual aproveitamento em outras tarefas, ou dispensa, em caso de terceirização;

c) reformulação do edital, expungindo-o dos vícios assinalados ao longo deste voto, com verificação da divisão do objeto por lotes ou grupos e conveniência de desdobramento da licitação.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, pelos evidentes prejuízos causados à Administração, em aplicar, com arrimo no art. 133 do Regimento Interno deste Sodalício, c/c o art. 52, inciso II, da Lei Municipal 9.167/80, a multa pecuniária equivalente a 238 UFIRs ao ordenador da despesa e a cada membro do Colégio Licitante, a qual deverá ser recolhida aos cofres municipais na forma regulamentar.

ACORDAM, afinal, à unanimidade, em fixar o prazo de 10 (dez) dias para a Origem atender às determinações constantes acima (letras “a”, “b” e “c”).

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO - Revisor, EDSON SIMÕES e o Conselheiro Substituto DJALMA DONATO.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 13 de dezembro de 2000.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

ROBERTO BRAGUIM
Relator

Egrégio Plenário

Em julgamento, os recursos interpostos pela Procuradoria da Fazenda Municipal, pela Sra. Alda Marco Antonio, na qualidade de ordenadora da despesa à época dos fatos, e pelos Srs. Paulo de Moraes Bourroul, Alcínia dos Santos Barreto e Rodolfo César Ungaretti, membros da Comissão de Licitação, em face do Venerando Acórdão de fls. 337, prolatado por esta Corte, que à unanimidade, decretou a nulidade do Edital de Concorrência 004/00 – SAS, aplicando a multa equivalente a 238 UFIR's aos ora recorrentes, estribado no art. 133 do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 52, inciso II da Lei nº 9.167/80, com determinações atinentes ao procedimento adotado pela Origem, quais sejam:

"a) maiores esclarecimentos ou justificativas quanto à necessidade da terceirização dos serviços;

b) esclarecimentos sobre o pessoal admitido e contratado para execução dos serviços atuais, indicando sua função e seu eventual aproveitamento em outras tarefas, ou dispensa, em caso de terceirização;

c) reformulação do edital, expungindo-se dos vícios assinalados ao longo deste voto, com verificação da divisão do objeto por lotes ou grupos e conveniência de desdobramento da licitação."

O Órgão Fazendário, em suas razões, aduz que o teor do item 4.3.3.2 do edital afigura-se ilegal em parte, porquanto, não obstante concordar com a eliminação da exigência relativa à comprovação de quantidade mínima (500 funcionários/mês), insurge-se quanto à retirada da exigência da apresentação de, pelo menos, três atestados de capacidade técnica, aptos a evidenciar a qualificação técnico-profissional da empresa.

Pleiteia, assim, a reforma parcial do r. Acórdão, para que venha a ser considerada regular a exigência editalícia de dois ou mais atestados para qualificação técnica dos licitantes, a par da não aplicação de penalidade ao ordenador da despesa e membros da comissão de licitação, diante da ausência de comprovação de dolo ou má-fé.

A Sra. Alda Marco Antonio, em atendimento às determinações contidas no V. Acórdão, alegou, em síntese, que a iniciativa objetivava serviços de qualidade diferenciada daqueles mantidos em repartições públicas, dada a peculiaridade das circunstâncias, ou seja, a centralização garantiria um melhor atendimento à população infantil, mais exposta aos riscos de insegurança e insalubridade, salientando que é competência do Executivo, dentro do seu poder discricionário, decidir sobre a forma mais adequada de gerir o patrimônio da municipalidade.

Relativamente ao pessoal admitido e contratado para execução dos serviços atuais de limpeza, conservação e jardinagem, informou a recorrente que a terceirização objetivada permitiria o retorno dos servidores, atualmente exercendo tais tarefas, às suas funções originárias.

E finalmente, quanto ao certame, não obstante tenha sido suspenso, aduziu que as exigências estabelecidas no edital visavam atrair competidores qualificados, de porte suficiente para abarcar os serviços pretendidos.

Assim, não havendo evidências de danos à Administração, propugnou pela reforma da decisão, com o cancelamento da penalidade imposta.

Os membros da Comissão de Licitação alegaram, basicamente, que não lhes foi assegurado o pleno exercício do direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa, bem como não está concretamente evidenciada a existência de prejuízos à Administração, em decorrência da instauração do certame, cujo processamento foi suspenso.

Postulam, assim, seja o recurso conhecido e provido, cancelando-se a multa que lhes foi atribuída.

Dando prosseguimento ao feito, informou a Divisão Técnica de Cartório que não houve qualquer manifestação sobre as determinações exaradas, por parte da Secretaria Municipal de Assistência Social, em que pese o Sr. Evilásio Cavalcante de Farias ter sido regularmente intimado.

Para a AT–Jurídica, os recursos devem ser conhecidos, posto que detêm os pressupostos de admissibilidade.

Quanto ao mérito, entendeu aquela Especializada que, embora os argumentos trazidos sejam insuficientes para elidir as irregularidades apontadas, no que diz respeito à aplicação de penalidade, razão assiste aos recorrentes, quando pretendem o cancelamento da multa aplicada, pois, nos termos do v. acórdão, a penalidade foi imposta em razão dos evidentes prejuízos causados à Administração, e pelo que consta dos autos, não ficou caracterizado o prejuízo, não houve o ilícito, além de não se detectar nenhum ato de má-fé, negligência ou imprudência por parte dos agentes públicos envolvidos.

Dessa forma, o parecer é pelo provimento dos recursos interpostos, para o fim de reformar-se a decisão recorrida, na parte que aplicou a multa ao ordenador da despesa e a cada membro da Comissão de Licitação.

Não foi diferente a posição adotada pela douta Procuradoria da Fazenda Municipal.

S-DG, à vista das manifestações da AT-Jurídica e da P.F.M., e considerando que a revogação do certame descaracterizou o motivo expresso das penalidades impostas pelo aresto recorrido, opinou no sentido do conhecimento e provimento parcial dos recursos, apenas para o fim de cancelamento das multas.

É o relatório.

V O T O

Conheço dos apelos interpostos, uma vez presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

Rejeito, porém, a preliminar argüida pelos membros da Comissão de Licitação, na esteira de decisão do Colegiado de que não tendo a decisão transitado em julgado, o recurso propicia o exercício do direito de defesa.

Quanto ao mérito, entendo que as razões aduzidas pelos recorrentes são insuficientes para elidir as irregularidades perpetradas no instrumento, não tendo o condão de modificar o decisório contrariado. Esta Corte de Contas tem acolhido reiteradamente a tese defendida no voto vencedor do N. Relator do feito.

Apenas para argumentar, é evidente que a Administração Pública detém o poder discricionário, para elaborar editais de licitação como asseverado pela Sra. Alda Marco Antonio, todavia essa margem de liberdade de decisão não pode desbordar dos limites da lei e da razoabilidade, afrontando o princípio constitucional da licitação, baseado na isonomia e acessibilidade de todos os que podem contratar com a Administração.

Superada a matéria envolvendo os vícios do edital, entendo que a análise deve ser focada na questão da sanção atribuída aos ora recorrentes.

Como salientado pela AT-Jurídica, não há nos autos elementos evidenciadores da ocorrência de prejuízos ao Erário, não se configurando, portanto, nesse aspecto, o ilícito que justificasse o apenamento determinado pela decisão atacada.

Conforme demonstrado, ficou patente o equívoco das escolhas feitas na feitura da peça editalícia, não se vislumbrando nenhum ato de má-fé ou objetivos impertinentes.

Nesse mister, e, tendo em conta que, de fato, a revogação do procedimento licitatório descaracterizou o motivo ensejador das penalidades aplicadas, perfilho as conclusões expressadas pela AT-Jurídica, P.F.M. e S-DG, para dar provimento parcial aos recursos interpostos, com o fim de reformar o venerando acórdão prolatado, apenas para eximir os recorrentes da pena de multa que lhes fora imputada, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 55 da Lei nº 9.167/80, mantendo-se a decisão recorrida, nos demais aspectos, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

São Paulo, 05 de dezembro de 2001.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72.006.053.00-44, ora em grau de recurso, do qual é Relator o Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, bem assim dos demais apelos voluntários, por presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, rejeitar as preliminares argüidas pelos membros da Comissão de Licitação.

ACORDAM, outrossim, à unanimidade, quanto ao mérito, dar provimento parcial aos recursos interpostos, para o fim de eximir os recorrentes da pena de multa que lhes fora imputada, a teor do disposto no parágrafo único do artigo 55 da Lei Municipal 9.167/80, mantendo-se a decisão recorrida nos demais aspectos, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros RUI CORRÊA - Revisor, EURÍPEDES SALES e MARIANA P. A. Q. BARBOSA.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 05 de dezembro de 2001.

EDSON SIMÕES
Presidente

ANTONIO CARLOS CARUSO
Relator