



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Tribunal Pleno
Sessão: **8/5/2013**

01 TC-001518/003/12 - AÇÃO DE RESCISÃO

Autor(es): Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, Paulo Eduardo Moreira Rodrigues da Silva e Edna Aparecida Rubio Coloma.

Assunto: Contrato entre a Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP e a empresa Rio Verde Engenharia e Construções Ltda., objetivando a execução dos prédios Anfiteatro, Terraço, Blocos I, II e III do novo Campus de Limeira.

Responsável(is): Aparecida Lúcia C. Mansur (Coordenadora Adjunta), Edna Aparecida Rubio Coloma (Coordenadora) e Paulo Eduardo Moreira Rodrigues da Silva (Pró-Reitor de Desenvolvimento Universitário).

Em Julgamento: Ação de Rescisão em face do acórdão do E. Tribunal Pleno, que negou provimento ao recurso ordinário interposto contra o acórdão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares a licitação, o contrato, bem como ilegais as despesas decorrentes, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando à Sra. Edna Aparecida Rubio Coloma e ao Sr. Paulo Eduardo Moreira Rodrigues da Silva, multa individual no valor equivalente a 200 UFESP's, nos termos do artigo 104, inciso II, da referida Lei (TC-002495/003/06). Acórdão publicado no D.O.E. de 30-09-11.

Advogado(s): Veridiana Ribeiro Porto, Fernanda Lavras Costallat Silvado, Maria Cristina Valim Lourenço Gomes e outros.

Acompanha(m): TC-002495/003/06.

Fiscalização atual: UR-3 - DSF-I.

Sustentação oral proferida em sessão de 27-02-2013.

Relatório

Em apreciação, **Ação de Rescisão de Julgado** proposta pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, pelo Sr. Paulo Eduardo Moreira Rodrigues da Silva e pela Sra. Edna Aparecida Rubio Coloma, com fundamento nos incisos I e III¹ do art. 76, da Lei Complementar Estadual nº 709/93, em face da decisão prolatada pela E. Segunda Câmara em 16/6/09², confirmada em grau de recurso pelo E. Plenário em 14/9/11³

¹ "Art. 76 [...] I tiver sido proferido contra literal disposição de lei; [...] III ocorrer superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida ou a decisão exarada."

² Relator: Conselheiro Fulvio Julião Biazzi. Acórdão publicado no DOE de 1º/7/2009.

³ Relator: Conselheiro Eduardo Bittencourt Carvalho. Acórdão publicado no DOE de 30/9/2011.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

e com trânsito em julgado declarado em 7/10/11, a qual julgou irregulares a concorrência e o contrato, cujo objeto foi a execução dos prédios Anfiteatro, Terraço, Blocos I, II e III do novo Campus de Limeira, bem como aplicou multas individuais equivalentes a 200 (duzentas) UFESP's aos responsáveis⁴, nos termos do inc. II do art. 104, da Lei Complementar Estadual n° 709/93, acionando-se, na oportunidade, os inc. XV e XXVII do art. 2°, daquele mesmo Diploma Legal.

Os fundamentos da aludida decisão constam da ementa do v. Acórdão publicado em 1°/7/09:

“EMENTA: Exigências editalícias restritivas contidas nos itens 3.1 e 3.3.1 relativas à comprovação de regularidade das contribuições junto ao CREA e, apresentação de acervo técnico, comprovando execução de obras “com no mínimo 50% da área do objeto licitado”. Infringência ao disposto no artigo 30, incisos I e II, §1°, da Lei n° 8666/93 e às Súmulas n°s 23 e 28 deste Tribunal. Aplicadas multas de 200 (duzentas) UFESPs aos responsáveis. Concorrência n°10/06 e o Contrato 641/06: Julgados Irregulares.”

Os autores requereram, por meio da presente ação, o deferimento da antecipação de tutela para o fim de suspender a execução da pena de multa, assim como a desconstituição da decisão em apreço, para o fim de julgar regulares a licitação e o contrato.

Disseram que a ação tem por objeto demonstrar, através de fatos novos apurados pela Sindicância Administrativa instaurada, que as duas exigências constantes da decisão não foram causa do impedimento da participação de empresas interessadas no certame, e nem causa de impedimento da seleção da proposta mais vantajosa, de maneira a entenderem que há um equívoco contido no v. Acórdão, que justifica a rescisão do julgado.

Sustentaram não ser correta a afirmação de que 35 (trinta e cinco) empresas retiraram o edital, pois os “Controles de Depósitos e Comprovantes - CDC's” e o

⁴ Sra. Edna Aparecida Rubio Colona, Coordenadora do DGA/UNICAMP à época, e Sr. Paulo Eduardo M. Rodrigues da Silva, Pró Reitor de Desenvolvimento Universitário à época.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

“Relatório Geral da Concorrência Pública nº 10/06” demonstram que 33 (trinta e três) editais foram retirados, e que algumas empresas retiraram mais de um edital, de maneira a ser correto afirmar que 28 (vinte e oito) empresas retiraram o edital de licitação, 09 (nove) compareceram ao certame e 19 (dezenove) não compareceram.

Expuseram que as informações obtidas no site da Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP demonstram que das 19 (dezenove) empresas que não compareceram, 16 (dezesesseis) não apresentavam condições hábeis para participar do certame, quer porque possuíam objeto social incompatível com o objeto da licitação, quer porque não possuíam o capital social mínimo exigido no edital. De tal forma, afirmaram que os motivos da não participação dessas 19 (dezenove) empresas não consistiram na impossibilidade de cumprimento das exigências dos itens 3.1 e 3.3.1.

Destacaram levantamento feito pela Comissão de Sindicância, de que, naquela oportunidade, a média de empresas que retiravam editais de concorrências para a execução de obras de engenharia era de 19,854, e a média de empresas que compareciam àqueles certames era de 4,57, de sorte a terem afirmado que o comparecimento de 09 (nove) empresas à licitação em comento foi bastante razoável e bem acima da média para o período.

Também defenderam ter a Sindicância Administrativa apurado que a licitação não causou qualquer prejuízo, expondo que o valor orçado correspondeu a R\$ 10.351.986,03, e que a Comissão de Sindicância apurou uma média das propostas apresentadas equivalente a R\$ 9.781.034,92, de maneira a sustentarem que, pelo valor contratado de R\$ 9.077.569,14, houve economia de 12,31% em relação ao valor previsto, e de 7,198% em relação à média das propostas apresentadas.

Finalmente, quanto à pena de multa, defenderam que o inc. IX do art. 33, da Constituição do Estado, prevê aplicação de multa proporcional ao dano causado ao erário, e que a Sindicância Administrativa veio a apurar que as exigências dos itens 3.3.1 e 3.1 não causaram qualquer dano



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

ao erário, tendo verificado que o valor contratado se situou 7,198% abaixo da média dos valores das propostas. Discorreram ainda sobre os aspectos da atuação profissional das autoridades que sofreram a incidência da multa aplicada pela decisão rescindenda.

A PFE e o Ministério Público de Contas manifestaram-se pelo não conhecimento da ação, por entenderem não preenchidos os requisitos da Lei Orgânica desta Corte. O Ministério Público ainda ressaltou considerações de mérito pelas quais entende que, na hipótese de a ação vir a ser conhecida, deve ser julgada improcedente.

A matéria integrou a pauta de julgamentos da sessão de 10/10/2012 do E. Plenário, tendo sido dela retirada nos termos do artigo 105, inciso I, do Regimento Interno desta Corte.

Em sequência, foram apresentados Memoriais pelos autores, onde reiteram sua pretensão de desconstituir a decisão originária com base nos incs. I e III do art. 76, da Lei Complementar nº 709/93, salientando que após realização de Sindicância Administrativa instaurada para apuração das ocorrências havidas no certame e verificação de eventuais prejuízos, foram apurados novos fatos que demonstram ter sido a decisão rescindenda prolatada com base em afirmações superadas pelo que consta de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida que não estavam à disposição da Universidade por ocasião da defesa prévia e do recurso interposto, vez que somente obtidos após diligências realizadas pela Comissão de Sindicância instaurada.

Assim, reiteraram todos os fundamentos apresentados na inicial, fazendo citação à decisão do processo TC-001932/010/05, datada de 28/4/2009, para destacar que nela fora apontado posicionamento do Tribunal de Contas do Estado pela regularidade, com recomendação, de certame onde há cláusula restritiva, se esta efetivamente não comprometer a disputa, se existir participação de licitantes e se o preço for compatível com o mercado. Defendeu ser esta a hipótese destes autos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Finalmente, com relação à pena de multa ao Pró-Reitor de Desenvolvimento Universitário e à Coordenadora da Diretoria Geral de Administração, alegaram os autores que, se não houve dano ao erário, mas, sim, economia aos cofres da Universidade, a aplicação da multa é incabível, por representar penalidade que afronta o disposto no inciso IX do artigo 33 da Constituição do Estado de São Paulo.

Sustentaram este raciocínio com base na alegação de que todos os documentos novos com eficácia sobre a prova produzida, ora apresentados, demonstraram que as exigências dos itens 3.1 e 3.3.1 do edital não geraram qualquer dano ao erário, e que o valor da contratação da empresa vencedora do certame ficou 7,198% abaixo da média dos valores das propostas das demais participantes.

Os autos seguiram novamente para análise.

A PFE e o Ministério Público de Contas reiteraram suas manifestações anteriores. Desta feita, a SDG também se manifestou pelo não conhecimento da ação.

A matéria constou da pauta da sessão de 27/2/13 do E. Plenário, tendo sido dela retirada nos termos do inciso I do artigo 105, do Regimento Interno deste Tribunal, após sustentação oral da procuradora da UNICAMP.

Naquela oportunidade, fora alegado que as diligências feitas por ocasião da Sindicância e os documentos novos obtidos junto à JUCESP alteraram algumas premissas importantes tidas no processo e no julgamento, em especial quanto à assertiva de que os itens tidos como restritivos impediram a participação das licitantes.

Alegou que o edital foi retirado efetivamente por 28 (vinte e oito) empresas, e que os 33 (trinta e três) registros se deram porque as filiais o retiraram mais de uma vez. E acresceu que 19 (dezenove) empresas não compareceram ao certame.

Disse ter verificado que 16 (dezesesseis) das 19 (dezenove) empresas que retiraram o edital⁵ e não

⁵ Fora demonstrado que 28 (vinte e oito) empresas haviam retirado o edital, vez que os mais de 30 (trinta) registros ocorreram porque 06 (seis) haviam apenas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

compareceram não tinham condições hábeis de participar do edital, seja porque o objeto social delas era incompatível com o objeto da licitação, seja porque não possuíam o capital mínimo exigido, de maneira a concluir que tais documentos novos comprovam que os itens tidos como restritivos não impediram a ampla competitividade do certame e não inabilitaram as empresas.

Reiterou que 09 (nove) empresas participaram da licitação, destacando ser este um número superior à média apurada pela Universidade no mesmo período para outras licitações, onde existia uma média de 04 (quatro) empresas por certame.

Salientou que nenhuma das empresas participantes foi inabilitada por descumprimento do item 3.1 do edital, que foi um dos itens considerados restritivos, dizendo ainda que, isoladamente, nenhuma dessas empresas foi inabilitada por descumprimento do item 3.3.1, vez que as inabilitadas o foram por descumprimento de outros itens do edital.

Sustentou que a vencedora foi contratada por um valor 12,31% abaixo do referencial e 7,19% abaixo da média das propostas das demais licitantes, de sorte a não ter havido prejuízo ao erário.

Ao final, pediu que fosse ponderado sobre a gravidade do julgamento irregular desta licitação para a Universidade e sobre o peso de uma penalidade pecuniária a dois servidores que sempre agiram em prol da instituição.

A matéria foi retirada uma vez mais da pauta da sessão de 10/4/13 do E. Plenário, também nos termos do art. 105, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

npg

solicitado à Universidade esclarecimentos sobre a compra e abertura do CD de edital, mas não chegaram a adquiri-lo.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Voto

TC-001518/003/12

Preliminar

Preliminarmente, no que tange aos registros obtidos na Junta Comercial do Estado de São Paulo e no Conselho Regional de Engenharia do Estado de São Paulo, entendo que estes documentos fazem que a ação preencha os pressupostos do inc. III⁶ do art. 76 da Lei Complementar n° 709/93.

Em primeiro lugar, porque se enquadram na definição de "*superveniência de documentos novos*", por serem documentos que já existiam à época da decisão rescindenda e que não estavam à disposição da autora à época da instrução do processo originário.

E, em segundo lugar, porque esses documentos novos estão a demonstrar "*eficácia sobre a prova produzida ou decisão exarada*", pois o conteúdo dos mesmos diz respeito a um fundamento que é essencial à decisão rescindenda, baseado no número de empresas que retirou o edital e não participou do certame.

Voto, portanto, pelo **conhecimento** desta ação de rescisão de julgado.

Mérito

No mérito, entendo que a ação procede.

Reportando-me à demonstração feita pelos autores a partir dos registros da Junta Comercial do Estado de São Paulo e do Conselho Regional de Engenharia do Estado de São Paulo⁷, fora revelado que, dentre as empresas que retiraram o edital e não ingressaram no certame, 16 (dezesesseis) delas, ou possuíam objeto social que não se compatibilizava com o objeto da contratação, denotando atuação em segmentos diversos da engenharia, ou não possuíam capital social compatível com o valor estimado da contratação.

⁶ "Art. 76 [...] III - ocorrer superveniência de documentos novos, com eficácia sobre a prova produzida ou a decisão exarada."

⁷ Vide fls. 06, 06/V, 07 e 07/V.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Portanto, não há mais como se estabelecer que essas 16 (dezesesseis) empresas não participaram do certame em virtude do disposto nos itens 3.1⁸ e 3.3.1⁹ do edital, de sorte que esse novo cenário desconstituiu aquela premissa ligada a um significativo número de empresas que retirou o edital e não participou do certame.

A consequência desse novo juízo de mérito sobre premissa essencial à decisão rescindenda é uma nova abordagem sobre as duas cláusulas objetadas, pautada unicamente nas ocorrências havidas no transcorrer do procedimento licitatório.

Assim, em relação ao item 3.1 do edital, há de se considerar que esta cláusula não deu causa a qualquer inabilitação no universo das 09 (nove) empresas que ingressaram no certame.

Já no que tange ao item 3.3.1 do edital, há de se considerar que as 03 (três) inabilitações decorrentes deste dispositivo ocorreram também pelo não cumprimento do item 3.2¹⁰ do edital, que tratou da aptidão técnica operacional; o que vale dizer que, caso nem existisse aquela cláusula do item 3.3.1, mesmo assim aquelas 03 (três) licitantes seriam inabilitadas por não atenderem a qualificação técnica operacional do item 3.2¹¹.

⁸ "3.1. Registro do licitante e de seu pessoal técnico, na entidade profissional competente (CREA), com comprovação da regularidade das contribuições".

⁹ "3.3.1. Deverá ser apresentado, no mínimo, um acervo técnico desse profissional, com características semelhantes ao objeto que ora se licita, cuja parcela de maior relevância é: - Execução de obras equivalentes com no mínimo 50% da área do objeto licitado".

¹⁰ "3.2. No mínimo, um atestado de capacidade técnica operacional, devidamente registrado no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, emitido por pessoa jurídica que comprove a aptidão da empresa licitante para desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto da licitação, cuja parcela de maior relevância é: - Execução de obras equivalentes com no mínimo 50% da área do objeto licitado".

¹¹ Consoante o demonstrado às fls. 05:

Inabilitadas	Item 3.2	Item 3.3	Item 3.3.1
Construtora Manara Ltda.	<u>Não atendeu</u>	Atendeu	<u>Não atendeu</u>
Compacta Central de Rest. E Revest. Ltda.	<u>Não atendeu</u>	<u>Não Atendeu</u>	<u>Não atendeu</u>
Hexagonal Construções Ltda.	<u>Não atendeu</u>	Atendeu	Atendeu
Etemp Engenharia Indústria e Comércio Ltda.	<u>Não atendeu</u>	Atendeu	<u>Não atendeu</u>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Também há de se acrescentar outras variáveis demonstradas na ação, no sentido de que houve a apresentação de 05 (cinco) propostas ao final, e de que o valor da proposta vencedora foi inferior ao orçamento estimativo em 12,31%; e inferior à média das 05 (cinco) propostas apresentadas em 7,19%.

O que quero dizer com tudo isto é que o cenário construído pelos elementos desta ação mostra:

i) de um lado, a existência de duas cláusulas editalícias que, embora contivessem vícios de forma, não produziram efeitos decisivos na competitividade de uma licitação que contou com a participação efetiva de 05 (cinco) proponentes;

ii) e de outro, a possibilidade de se tratar essas cláusulas como recomendação, a fim de se preservar o ato jurídico da construção do Campus de Limeira da UNICAMP que, aliás, já se acha em funcionamento¹², e cuja obra já possui o termo de recebimento definitivo datado de 04 de dezembro de 2009, pendente de apreciação no processo originário.

Para melhor contextualizar a matéria, vale estabelecer um parâmetro de analogia com a teoria da convalidação do ato administrativo construída por Celso Antônio Bandeira de Mello na obra "Curso de Direito Administrativo"¹³, especialmente nos trechos onde o autor ressalta que "há vícios que pouco ou quase nada afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito", e que "vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais ao Direito Administrativo do que no Direito Privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior".

¹² Vide <<http://www.fca.unicamp.br/portal/>>.

¹³ Bandeira de Mello, Celso Antônio. "Curso de Direito Administrativo". 29ª Edição, 2012. Malheiros Editores, São Paulo-SP. Pg. 481.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Por todos esses fatores é que a ação se mostra procedente, ensejando que se trate como recomendação as questões ligadas aos itens 3.1 e 3.3.1 do edital, com o julgamento pela regularidade da licitação e do contrato.

A consequência lógica e inevitável deste juízo de mérito é o cancelamento das multas impostas aos autores, pois, em se passando a tratar como recomendação os itens 3.1 e 3.3.1, não mais subsiste a incidência do art. 104 da Lei Orgânica deste Tribunal.

Ante o exposto, voto pela **procedência** da presente ação de rescisão e, conseqüentemente, pela **regularidade** da concorrência e do contrato, **recomendando** à UNICAMP que dê plena observância às Súmulas n^os 23 e 28 deste Tribunal, e **cancelando-se** as multas de 200 (duzentas) UFESP's aplicadas à Sra. Edna Aparecido Rubio Coloma e ao Sr. Paulo Eduardo Moreira Rodrigues da Silva.