



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

Tribunal Pleno

Sessão: 9/10/2013

09 TC-032981/026/09 - RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente(s): COBRASIN - Brasileira de Sinalização e Construção Ltda. - Diretor - Marcelo Szyflinger e Prefeitura Municipal de Guarulhos.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de Guarulhos e COBRASIN - Brasileira de Sinalização e Construção Ltda., objetivando a prestação de serviços técnicos de implantação e manutenção de sinalização viária.

Responsável(is): Marco Antonio Arroyo Valdebenito (Secretário de Administração e Modernização), Paulino Caetano da Silva (Diretor do Departamento de Compras e Contratações) e José Evaldo Gonçalo (Secretário de Transportes e Trânsito).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência e o contrato, bem como ilegal o ato determinativo da despesa, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando, ainda, pena de multa ao Senhor José Evaldo Gonçalo, no valor equivalente a 500 UFESP's, nos termos do artigo 104, inciso II, da referida Lei. Acórdão publicado no D.O.E. de 11-05-13.

Procurador(es) de Contas: Rafael Neubern Demarchi Costa.

Advogado(s): Flávia Ciccotti, Tânia Regina Barros, Alberto Barbella Saba e outros.

Acompanha(m): TC-025895/026/09.

Fiscalização atual: GDF-8 - DSF-I.

Relatório

Em apreciação, **Recursos Ordinários** interpostos por **Cobrasin Brasileira de Sinalização e Construção Ltda.** e pela **Prefeitura Municipal de Guarulhos** contra decisão¹ que julgou irregulares o pregão e o contrato celebrado entre os recorrentes, objetivando a implantação e a manutenção da sinalização viária², bem como aplicou multa de 500 (quinhentas) UFESP's ao Sr. José Evaldo Gonçalo, Secretário de Transportes e Trânsito à época, nos termos do inciso II do artigo 104 da Lei Complementar nº 709/93, acionando-se, na oportunidade, os incisos XV e XXVII do artigo 2º daquele mesmo Diploma Legal.

¹ E. Segunda Câmara, em sessão de 23/4/2013. Relator: Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho.

² Contrato celebrado em 21/8/2009, pelo valor de R\$ 14.501.642,38 e pelo prazo de vigência de 30 (trinta) meses.



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

Aludida decisão teve por fundamento: (i) a exigência de que os atestados de qualificação operacional estivessem acompanhados das respectivas CAT's³; (ii) o critério de julgamento do maior percentual de desconto ofertado sobre a Planilha Estimativa da Prefeitura - Anexo V, que configurou a licitação por preço base vedada pelo inc. X do art. 40 da Lei 8.666/93⁴.

Ambas as recorrentes pleiteiam o provimento e a declaração da regularidade do pregão e do contrato celebrado entre elas.

Em suas razões, a Cobrasin Brasileira de Sinalização e Construção Ltda. fez diversas citações à doutrina e à jurisprudência do Tribunal de Contas da União para defender que há entendimento de que é possível ser exigido quantitativo mínimo para a qualificação técnica operacional e também a apresentação da Certidão de Acervo Técnico, sempre que se identificar que essas informações são essenciais à segurança de execução satisfatória da futura contratação.

Afirmou que as condições mínimas exigidas no edital, quando estabelecidas objetivamente, valendo para todos os interessados que participaram da licitação, encontra supedâneo no art. 30, II, da Lei 8.666/93. E sustentou que a Administração deve se cercar de todas as garantias possíveis, pois não basta apenas selecionar o melhor preço, por ser também necessário saber se a empresa selecionada se acha mesmo em condições econômicas, estruturais e técnicas para desenvolver os trabalhos que serão contratados.

³ Anexo I: "2.1 - Comprovação de qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, será realizada mediante apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, devidamente registrado(s) no CREA, e, acompanhado(s) do(s) respectivo(s) Certificado(s) de Acervo Técnico - CAT's, (Súmula nº 24 TCE/SP), comprovando: (...)".

⁴ Anexo I: "Julgamento: O critério adotado será o de maior percentual de desconto ofertado em relação à planilha de preços - Anexo V. Fica estabelecido inicialmente o lance mínimo de 1% (um por cento) de decréscimo, podendo o pregoeiro, a qualquer momento, alterar a porcentagem do lance para melhor andamento do pregão. O percentual de desconto obtido será aplicado linearmente a cada um dos preços unitários constantes da planilha de preços - Anexo V".



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

Acresceu que as exigências guardaram consonância com os arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93, e que inúmeras empresas detentoras deste mesmo "know how" poderiam ter participado do certame.

Já no tocante ao critério de julgamento, disse que a referência ao inc. X do art. 40 da Lei 8.666/93 não se acha aplicável ao caso concreto, visto que não há fixação de valor pela Administração, ou seja, o desconto ofertado, diga-se livre e nominado lance, é do licitante.

Defendeu não proceder a afirmação quanto ao engessamento da disputa, vez que a peculiaridade de cada empresa lhe permitirá conceder maior ou menor desconto, isso sem levar em consideração a sua estrutura, a maior variedade dos profissionais fixos em seu quadro, a propriedade de equipamentos mais caros ou mais utilizados e uma gama de outros fatores.

Disse que se tentou evitar o "jogo de planilha". E também fez várias considerações e citações à jurisprudência para sustentar a regularidade da adoção do menor preço global para o objeto então contratado.

Por fim, sustentou a inexistência de vinculação dos defeitos do certame ao contrato já executado, afirmando que os vícios apontados são referentes à fase de elaboração e constituição do certame, e que não existe liame jurídico entre os fatos constantes da decisão e qualquer ato ou fato proveniente da empresa contratada.

Afirmou, assim, que a forma constante na decisão, determinando que se informe as providências a serem tomadas, sem, todavia, esclarecer qual seria o objetivo ou o direcionamento dessas providências, pode dar ensejo a interpretações que podem afetar o terceiro de boa-fé, que no caso é a empresa recorrente (contratada), a qual não possui qualquer vinculação com atos e fatos pré-licitação.

Nestes termos, invocou os princípios da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito, bem como o disposto no parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93, alegando que o fato de existir a nulidade não exonera a Administração do pagamento devido ao terceiro de boa-fé. E assim, requereu



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

que, caso seja negado provimento, seja reconhecido não ser possível à recorrente, como terceiro de boa-fé, ser atingida por qualquer consequência oriunda deste feito.

Já a Prefeitura Municipal de Guarulhos afirmou que a exigência para os atestados de qualificação operacional estarem acompanhados das respectivas Certidões de Acervo Técnico vinculou-se à preocupação de que a futura contratada comprovasse deter condições de execução do objeto.

Expôs que pode ter ocorrido um equívoco de interpretação da Administração, por se ter entendido que as Súmulas n^os 23 e 24 do Tribunal de Contas do Estado estariam sendo respeitadas e, concomitantemente, estar-se-ia a diminuir os riscos de que a futura contratada não tivesse condições de executar o contrato.

No tocante ao critério de julgamento, defendeu que a Administração pretendia a adoção do melhor preço, ou seja, que se pagassem os menores valores pela boa execução do contrato, visando à concretização do princípio da prevalência do interesse público.

Sustentou deva ser ponderado que os preços contratados foram 7% (sete por cento) menores do que os orçados pela própria Administração, e que a competitividade não foi maculada, haja vista a participação de 03 (três) licitantes.

Afirmou que foi desarrazoada e desproporcional a pena de multa aplicada à autoridade responsável, em 500 UFESP's, tanto por não ter havido o dolo do agente público que é implícito ao inc. II do art. 104 da Lei Complementar 709/93, como por não terem sido explicitados argumentos hábeis a justificar a fixação da pena.

Argumentou que o Município de Guarulhos é a maior Administração Municipal em termo de PIB e de população absoluta jurisdicionada à Corte de Contas Bandeirante, de maneira que ao se sustentar a correlação entre pena pecuniária e porte do município jurisdicionado, adota-se a errônea conclusão de que todos os atos praticados pelo Município de Guarulhos, quando considerados irregulares,



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

teriam a pena de multa maior em relação a qualquer outro ente, o que entende ser inaceitável.

Alegou que as falhas não podem ser tidas como graves, pois, por mais que tenham inquinado a matéria, não tiveram o condão de afetar a boa competitividade ou causar prejuízo ao erário.

Disse ainda que o valor envolvido na contratação também não alicerça o argumento para majoração da pena pecuniária, por entender que o contrato se revestiu de incontestável vantagem na medida em que os preços ficaram abaixo do orçado administrativamente.

Com base nesses argumentos, requereu a exclusão da pena pecuniária ou, subsidiariamente, a sua diminuição.

Em sequência, foi aberta vista dos autos ao Ministério Público de Contas, que se pronunciou pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

npg



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

Voto

TC-032981/026/09

Preliminar

Em preliminar, preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos⁵.

Mérito

No mérito, acompanho o parecer do Ministério Público de Contas, pelo não provimento.

De qualquer forma, entendo que são passíveis de acolhimento as razões da Prefeitura de Guarulhos para a exigência de que os atestados de qualificação operacional estivessem acompanhados das certidões de acervo técnico, à vista da decisão do E. Plenário no processo TC-001259.989.13-5, em sessão de 26/6/13.

Entendo que são aplicáveis a este caso os termos do voto por mim proferido naquela ocasião:

Aqui, reconheço que o Tribunal vem condenando tal obrigação, sobretudo tendo em vista que a CAT traduz-se em um documento pertencente ao profissional.

Contudo, compreendo que a medida possibilita asseverar grau de certeza e segurança aos atestados operacionais, tendo em vista que a CAT é um documento emitido pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) - órgão de controle do exercício profissional neste âmbito de atuação -, ao mesmo tempo em que não revela, para mim, uma irregularidade.

De fato, o § 1º, art. 30 da lei nº 8.666/93 explicitamente menciona que a comprovação de aptidão, 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.

⁵ Os recursos são tempestivos (acórdão publicado em 11/5/2013, recursos protocolizados em 23 e 27/5/2013), foram interpostos por partes legítimas e contêm os fundamentos de fato e de direito, em conformidade com a LC nº 709/93.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Por seu turno, os artigos 57 e 64 da Resolução n° 1025/09 e posteriores alterações do CONFEA (Conselho Federal de Engenharia e Agronomia), assim dispõem:

Art. 57. É facultado ao profissional requerer o registro de atestado fornecido por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado contratante com o objetivo de fazer prova de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos.

Parágrafo único. O atestado é a declaração fornecida pela contratante da obra ou serviço, pessoa física ou jurídica de direito público ou privado, que atesta a execução de obra ou a prestação de serviço e identifica seus elementos quantitativos e qualitativos, o local e o período de execução, os responsáveis técnicos envolvidos e as atividades técnicas executadas.

[...]

Art. 64. O registro de atestado será efetivado por meio de sua vinculação à CAT, que especificará somente as ARTs a ele correspondentes.

[...]

§ 2° A CAT à qual o atestado está vinculado é o documento que comprova o registro do atestado no CREA.

Sob esta ótica, ponderando que o § 1° do art. 30 da lei de licitações reconhece a legitimidade da exigência de registro dos atestados, e que este registro se comprova, necessariamente, com a emissão da CAT, confesso que não visualizo, na exigência conjugada, qualquer ilegalidade flagrante ou antagonismo com a lei de regência.

A propósito, foi com base nestes mesmos fundamentos que a E. Primeira Câmara afastou esta questão dos fundamentos da decisão prolatada no processo TC-001318/011/08, em sessão de 2/7/2013, consoante os termos do voto condutor daquele v. Acórdão.

Portanto, entendo que também neste caso pode ser afastada a exigência do item 2.1 do Anexo I dos fundamentos do julgamento pela irregularidade.



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

Entretanto, remanesce o vício existente no critério de julgamento baseado no maior percentual de desconto ofertado sobre a Planilha de Serviços e Preços do Anexo V.

De fato, o inc. X do art. 40 da Lei Geral de Licitações veda expressamente o estabelecimento de faixas de variação em relação a preços de referência, e tal hipótese aconteceu neste caso concreto, à vista do critério de julgamento baseado no menor desconto em percentual a ser aplicado linearmente aos 87 (oitenta e sete) itens de serviços e insumos aplicados aos serviços de prestação continuada contratados para o prazo de vigência ajustado.

Além do mais, esta conduta, contrária ao mencionado dispositivo legal, constitui um fator de prejuízo ao oferecimento de propostas e à plena competitividade, por ser forçoso reconhecer que numa mensuração de custos idônea não haverá uma variação linear para todos os diversos preços unitários estimados em uma planilha orçamentária, pois diversas são as naturezas de cada item de serviços e insumos. Tudo isto opera em desfavor dos princípios tutelados pelo inc. XXI do art. 37 da Carta Magna, e pelo "caput" do art. 3º da Lei Geral de Licitações.

Portanto, deve ser mantido o decreto condenatório da decisão recorrida. E deve ser também mantida a pena pecuniária aplicada pela E. Primeira Câmara, pelos mesmos fundamentos lá consignados.

Isto porque a Prefeitura Municipal de Guarulhos não figura como parte legítima para recorrer sobre a aplicação da multa de 500 (quinhentas) UFESP's ao Sr. José Evaldo Gonçalo, Secretário de Transportes e Trânsito à época, por não ter sido o ente municipal quem sofreu o gravame daquela penalidade, que se caracteriza pelo seu caráter personalíssimo.

Já quanto ao pleito da recorrente "Cobrasin" ligado ao parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93, não há nada a ser acrescido à decisão recorrida na medida em que este processo não se destinou a apurar se a contratada agiu ou não de boa-fé. Além do mais, a aplicação daquele dispositivo da Lei 8.666/93 é de natureza cogente, não



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

estando condicionado a qualquer declaração na decisão recorrida.

Ante o exposto, filio-me ao Ministério Público de Contas e voto pelo **não provimento** dos recursos ordinários, afastando-se dos fundamentos tão somente a exigência de atestados de qualificação técnica operacional acompanhados das respectivas CAT's, e mantendo-se a decisão recorrida em todos os seus demais termos.

É como voto.