



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 08/05/2013 – ITEM 20

RECURSO ORDINÁRIO

TC-020348/026/07

Recorrente: Departamento de Água e Esgoto de São Caetano do Sul.

Assunto: Contrato entre o Departamento de Água e Esgoto de São Caetano do Sul e a EMPARSANCO S/A, objetivando a execução de obras em várias ruas do Município: construção de emissários, construção de elevatória, remanejamento e ampliação de redes de esgotos, limpeza e revestimento de tubulação de Fº Fº, com argamassa de cimento e de areia, remanejamento e ampliação de rede de abastecimento de água potável, construção de galeria moldada e redes de águas pluviais.

Responsável: Julio Marcucci Sobrinho (Diretor Geral).

Em Julgamento: Recurso Ordinário interposto contra o acórdão da E. Primeira Câmara, que julgou irregulares a concorrência, o contrato e o termo de alteração decorrente, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando, ao responsável, multa de 2.000 UFESP's, com fundamento no artigo 104, inciso II, da mencionada Lei. Acórdão publicado no D.O.E. de 15-01-10.

Advogados: Maria Cecilia da Costa, Daniel Marcos Pastorin, Everaldo Mira da Silva e Neusa Maria Timpani e outros.

Fiscalização atual: GDF-7 - DSF-II.

RELATÓRIO

Constou da pauta da Sessão de 15/12/09 da E. Primeira Câmara o julgamento da Concorrência instaurada pelo Departamento de Água e Esgoto de São Caetano do Sul (DAE), certame que selecionou a empresa Emparsanco S/A para a execução de diversas obras em ruas daquele Município.

A licitação, o contrato e o termo de alteração



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

examinados foram considerados irregulares, essencialmente por vícios identificados na fase de habilitação das licitantes.

Refiro-me às medidas de qualificação técnica impostas às participantes da disputa, as quais foram consideradas a partir de parcelas de maior relevância desarrazoadas e específicas, bem como limitadas por números máximos de contratos ou atestados.

Pesaram também irregularidades no projeto básico, consistentes na insuficiência de detalhamento de determinados serviços.

Acessoriamente, foi aplicada ao Diretor Geral do DAE, Senhor Julio Marcucci Sobrinho, pena de multa no valor equivalente a 2.000 (duas mil) Ufesps, por infringir a norma legal.

Por tudo isso, trata-se agora do alentado Recurso Ordinário interposto pelo DAE de São Caetano do Sul (fls. 1445/1485).

Suas razões buscam defender a validade das cláusulas impugnadas.

Nesse sentido, a exigência de comprovação de experiência na execução do serviço de limpeza e revestimento de tubo de ferro fundido seria absolutamente justificada em face da



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

construção de emissários, galerias e estações elevatórias, notadamente no caso de São Caetano, onde a rede coletora primária data da década de 70 e não conta com revestimento interno.

Daí não caber atribuir ao tema o caráter de especificidade emprestado no julgado recorrido.

Ademais, a eleição de parcelas de maior relevância do objeto da licitação constituiria medida consentânea com a discricionariedade.

Também argumentou com o dado de que São Caetano do Sul seria o primeiro Município da Grande São Paulo a contar com 100% de seu esgoto tratado, indicativo de que o interesse público local estaria atendido nesse aspecto.

Sobre a participação de 6 (seis) empresa na fase de habilitação, afastou o argumento de que tal número indicasse a restritividade do processo, uma vez que dentre as 62 (sessenta e duas) que retiraram o edital havia empresas com objeto social e ramo de atuação diverso, as quais poderiam ter adquirido o instrumento apenas para conhecer generalidades do processo licitatório.

Tratou ainda do limite de contratos na comprovação da qualificação técnica.

Disse que o tamanho da obra exigia o cuidado de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

se impor comprovação de experiência com obra de porte aproximado, até porque, em contrapartida, o edital não exigiu a concentração dos serviços em um único atestado de capacitação técnica.

Por fim, no tocante ao projeto básico, aludiu aos elementos já presentes na instrução, tais como plantas, desenhos, especificações de peças eletromecânicas, memorial descritivo para o remanejamento da rede de esgoto, dentre outros, os quais foram suficientes para o conhecimento do objeto.

Por estas razões, mais ainda, não caberia prevalecer a pena pecuniária aplicada em grau máximo, em homenagem aos princípios da proporcionalidade e, também, da boa fé, na medida em que o ajuste foi dissolvido assim que o DAE foi intimado do julgamento recorrido.

O apelo tramitou pelo GTP (fls. 1488/1489), que se manifestou pelo processamento da matéria como Recurso Ordinário.

Admitida a presença dos pressupostos de admissibilidade, a E. Presidência determinou a distribuição da matéria (fl. 1490).

O apelo foi instruído com manifestações de ATJ e SDG.

ATJ, por sua Assessoria Técnica (fls. 1493/1500) e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Chefia (fl. 1501), manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do Ordinário, uma vez que a exigência de comprovação de aptidão técnica relativamente a itens específicos, aliada à impossibilidade de somatório de quantidades e limite máximo de contratos, teria comprometido integralmente a competitividade da disputa.

Convergente o entendimento da SDG (fls. 1502/1504), que destacou o tema da limitação da comprovação de experiência técnica ao máximo de cinco contratos contendo atividades específicas, bem assim a insuficiência de justificativas para o teor do projeto básico oferecido.

No que se refere à multa, apenas, absteve-se o Senhor Secretário-Diretor Geral de firmar opinião, destacando que eventual cancelamento ou redução da pena implicaria provimento parcial do apelo.

É o relatório.

JAPN



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

VOTO PRELIMINAR

Publicado o v. Acórdão em 15/01/10, dele recorreu o Departamento de Água e Esgoto de São Caetano do Sul, por seu Dirigente Responsável, Julio Marcucci Sobrinho.

O apelo, portanto, é tempestivo e os interessados contam com legitimidade.

A peça também é idônea para buscar a reforma de julgado de Câmara, motivo pelo qual conheço do Recurso Ordinário.



VOTO DE MÉRITO

O inconformismo do DAE de São Caetano do Sul volta-se, de um lado, contra os pontos do edital e do processo de licitação considerados controvertidos pela E. Primeira Câmara e, de outro, contra a pena pecuniária aplicada em grau máximo ao responsável pelos atos impugnados.

Exponho meu entendimento sobre o apelo tratando inicialmente dos vícios detectados na parte do edital que disciplinou a habilitação das licitantes.

Nessa parte, verifico que a principal questão que motivou o julgado recorrido fixou-se no conteúdo restritivo do item 1.5.5.8.1.3, alínea "i", que exigiu comprovação de capacitação técnico-operacional baseada na apresentação de acervo composto de obra de limpeza e revestimento de 3.500 m de tubos de ferro fundido com diâmetro maior ou igual a 150 mm.

A restrição considerada no julgado iria além da especificidade da medida de qualificação, uma vez que a cláusula ainda faria ao final observar que os atestados apresentados haveriam de demonstrar a tal experiência por meio de até cinco contratos, sendo um item por contrato, vedado o somatório de quantitativos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

No caso concreto, noto que a controvérsia subsiste.

A exigência de comprovação de experiência específica na limpeza e revestimento de tubulação de esgoto foi efetivamente desarrazoada no caso concreto.

A instrução dos autos, notadamente a informação consignada nas fls. 805/808, foi contundente no sentido de que a atividade demandava empresa especializada e, nessa exata medida, não haveria de ser empregada como critério de discrimen, vis-à-vis, inclusive, o conjunto de obras e serviços que compuseram o objeto, desprovidos de marcante complexidade.

O item impugnado ainda colocou em xeque o rol de atividades de maior relevância, fazendo transbordar as margens da discricionariedade, em detrimento dos princípios constitucionais da isonomia e da motivação.

Essa visão do tema também serviu para consolidar o despropósito da exigência de que os atestados de qualificação fossem limitados em número, restringindo a disputa a empresas dotadas de acervos concentrados em contratos de maior dimensão e fôlego.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

Cabe observar, a propósito, que o critério de qualificação técnica preceituado no item questionado revelou ilegalidade quando impôs parcelas de maior relevância no processo de valoração da capacitação operacional das licitantes.

Ou seja, a generalidade do art. 30, inciso II, da Lei de Licitações não autoriza o Administrador a estabelecer parâmetros rígidos de avaliação da capacitação das licitantes, os quais, portanto, estão restritos ao comprovado desempenho em atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto do certame genericamente considerado, atendido, ainda, a jurisprudência que culminou com o enunciado da Súmula nº 24.

A higidez do julgado recorrido, portanto, deve ser mantida.

Passo, agora, ao tema da pena pecuniária aplicada ao então Diretor Geral do DAE de São Caetano, que igualmente subscreveu o apelo, por infração à norma legal.

Entendo que as razões do Recurso Ordinário não se apresentam suficientes para afastar a motivação da pena, mormente porque majoritariamente baseadas na esperança de que a tese da regularidade dos atos reprovados fosse acolhida, o que, desde já, não admito.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

As razões de decidir empregadas no r. Voto condutor do julgado em questão são mais do que consentâneas com o regime disciplinar prescrito em nossa Lei Orgânica.

Afinal, a transgressão a preceitos expressos da Lei de Licitações e à jurisprudência deste E. Tribunal, no caso, colocou em risco não só direitos subjetivos, mas também, no limite, interesses de ordem difusa, especialmente no que se refere ao saneamento básico e ao meio ambiente.

Na hipótese, aliás, não cabe apegar-se ao emblema de que a pena em questão, por ser de grau máximo, pode ser revista em homenagem à proporcionalidade.

Não se pode olvidar que a pena pecuniária tem dupla função, ou seja, ao mesmo tempo em que constrange o patrimônio do responsável pelo ato ilícito, serve também para doutrinar o agente imputado, orientando-o a não reincidir.

Ademais, considerado o montante de recursos públicos transacionados¹, o equivalente pecuniário à pena máxima prevista em lei significou menos de 1%.²

Nessa conformidade, não vejo porque deixar de acolher as unânimes conclusões de ATJ e SDG, razão pela qual meu

¹ R\$ 28.790.545,38



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

GABINETE DO CONSELHEIRO RENATO MARTINS COSTA

VOTO nega provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo DAE de São Caetano do Sul e ratifica o julgado que considerou irregulares a licitação e o contrato firmado com Emparsanco S/A, bem assim a pena pecuniária aplicada ao responsável, Julio Marcucci Sobrinho, por incidência do preceito do art. 104, inciso II, da Lei Complementar nº 709/93.

ANTONIO CARLOS DOS SANTOS
Substituto de Conselheiro

² Considerado o valor vigente da UFESP no exercício de 2013, R\$ 19,37, a pena de 2.000 unidades resulta multa de R\$ 38.740,00, equivalente, portanto, a 0,1346% do valor global dos serviços.