



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Tribunal Pleno
Sessão: **23/7/2014**

11 TC-030044/026/08

Recorrente(s): Eduardo Silveira Bello - Ex-Secretário Municipal do Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Cubatão.

Assunto: Contrato entre a Prefeitura Municipal de Cubatão e Demax - Serviços e Comércio Ltda., objetivando a execução de serviços de podas, supressão e remoção de árvores com problemas fitossanitários, mortas, com risco de queda ou inadequadas ao local, replantio de árvores, com proteção (gradil), reparo de passeios, guias, caixas de inspeção e sarjetas danificadas quando da remoção das árvores, recolhimento, transporte e destinação final de galhos e troncos de árvores, entulhos e resíduos de serviços de jardinagem executados nas áreas verdes para aterro sanitário licenciado, no Município.

Responsável(is): Clermont Silveira Castor (Prefeito à época), Eduardo Silveira Bello (Secretário Municipal do Meio Ambiente) e Raul Borim Júnior (Secretário de Obras, Habitação e Serviços Públicos).

Em Julgamento: Recurso(s) Ordinário(s) interposto(s) contra o acórdão da E. Segunda Câmara, que julgou irregulares a licitação e o contrato, bem como ilegal o ato ordenador das decorrentes despesas, acionando o disposto no artigo 2º, incisos XV e XXVII, da Lei Complementar nº 709/93, aplicando multa individual aos responsáveis Clermont Silveira Castor, Prefeito à época e Eduardo Silveira Bello, Secretário Municipal do Meio Ambiente à época, no valor equivalente a 300 UFESP's. Acórdão publicado no D.O.E. de 07-11-12.

Advogado(s): Eduardo Leandro de Queiroz e Souza, Arthur Albino dos Reis e outros.

Procurador(es) de Contas: Rafael Antonio Baldo.

Fiscalização atual: UR-20 - DSF-I.

Relatório

Em exame, **Recurso Ordinário** interposto pelo Sr. Eduardo Silveira Bello, ex-Secretário Municipal do Meio Ambiente, contra decisão¹ que julgou irregulares a

¹ E. Segunda Câmara, em sessão de 10/10/2012. Relator: Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

concorrência e o contrato celebrado em 28/7/2008 entre a **Prefeitura Municipal de Cubatão** e a **Demax - Serviços e Comércio Ltda.** para a execução de serviços de podas, supressão e remoção de árvores com problemas fitossanitários, mortas, com risco de queda ou inadequadas ao local, replantio de árvores com gradil de proteção, reparo de passeios, guias, caixas de inspeção e sarjetas danificadas quando da remoção das árvores, recolhimento, transporte e destinação final de galhos e troncos de árvores, entulhos e resíduos de serviços de jardinagem executados em áreas verdes para aterro licenciado. Na oportunidade, foram aplicadas multas individuais de 300 (trezentas) UFESP's ao Recorrente e ao Sr. Clermont Silveira Castor, ex-Prefeito Municipal, nos termos do inc. II do art. 104 da Lei Complementar n° 709/93, e acionados os incisos XV e XXVII daquele mesmo Diploma Legal.

Aludida decisão teve por fundamentos: (i) ofensa aos arts. 27 a 30 da Lei 8.666/93, bem como à Súmula n° 14, pelos itens 2.3.9, 2.3.10 e 2.3.12² do edital; (ii) ofensa à Súmula n° 15 pelo item 2.3.11³ do edital; (iii) estipulação de data única para visita técnica obrigatória⁴; (iv) ofensa ao inc. IV do art. 43 da Lei 8.666/93 pela ausência de pesquisa prévia de preços e não demonstração das fontes utilizadas para a estimativa orçamentária; (v) o prazo de validade expirado da comissão de licitação,

² "2.3 - Comprovação da qualificação técnica: (...) 2.3.9 - Certificado de registro de viveiro de mudas, expedido pela Secretaria de Estado da Agricultura e pelo IBAMA; 2.3.10 - Certificado Fitossanitário de Origem - CFO dos produtos, expedido pelo engenheiro responsável técnico pelo viveiro, com prazo de validade dentro do dentro do estabelecido no mesmo (...) 2.3.12 - Prova de inscrição no cadastro de atividades potencialmente poluidoras em nome da proponente, emitida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis em atendimento à Lei Federal 7803/89 que regulamente a comercialização e propriedade de motosserra".

³ "2.3 - Comprovação da qualificação técnica: (...) 2.3.11 - Caso a empresa não possua viveiro próprio, deverá apresentar declaração de anuência do produtor de mudas quanto à disponibilidade específica para esta licitação bem como cópia do registro do referido viveiro".

⁴ Preâmbulo: "(...) A visita técnica obrigatória será realizada no dia 07 de fevereiro de 2008, às 9 horas, na Secretaria de Obras, Habitação e Serviços Públicos (...)".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

consoante é determinado pelo art. 51, § 4º, da Lei 8.666/93.

De início, o recorrente arguiu preliminar de nulidade, sustentando que não foi notificado nos termos do inc. I do art. 91 da Lei Complementar 709/93, e que por tal motivo são igualmente nulas as notificações pelo D.O.E., por não terem sido precedidas da notificação pessoal.

Salientou o recorrente que tomou conhecimento das irregularidades suscitadas neste processo tão somente a dois dias do encerramento do prazo para interposição de recurso contra a decisão ora combatida, não tendo condições para tomar vista dos autos.

Sustentou que a pena de multa que lhe foi aplicada é injusta, destacando que, na qualidade de Secretário Municipal de Meio Ambiente, não teve qualquer participação no procedimento licitatório, seja na fase interna, seja na fase externa.

E defendeu que, na condição de Secretário Municipal de Meio Ambiente, limitou-se, após a homologação da licitação e adjudicação do objeto, a firmar o contrato juntamente com o Sr. Prefeito, como é de praxe naquela Administração.

Acresceu que para assinar o contrato, na condição em que se encontrava, quando muito deveria observar: - se a contratação foi precedida de requisição devidamente justificada; - se foi obedecida a ordem de classificação do certame; - se o despacho de autorização foi exarado pela autoridade competente; - se os documentos fiscais do contratado estavam em vigência; - se as notas de empenho foram emitidas previamente e em valores suficientes; - se a classificação funcional programática ou econômica estava adequada e de acordo com a Lei 4.320/64; - se as cláusulas contratuais estabeleciam com clareza e precisão as condições de execução; - se o contrato continha as cláusulas obrigatórias do art. 55 da Lei 8.666/93; - se a garantia contratual foi prevista no ato convocatório e atendeu ao disposto em Lei; - se a previsão para a duração do contrato atendia ao disposto em Lei; - se a descrição do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

objeto e demais cláusulas contratuais estão compatíveis com aquelas previstas no ato convocatório; - se o contrato contém cláusulas estabelecendo as penalidades cabíveis; - se existe subcontratação não admitida no edital ou no consórcio; - se o objeto do contrato é condizente com o objeto social da contratada; - se os preços contratados são compatíveis com os homologados; - se as especificações técnicas dos serviços que constam do contrato são as mesmas do projeto básico; - se o critério de reajuste estabelecido no contrato é o mesmo previsto no edital; - se o índice de reajustamento previsto no contrato está compatível com o objeto contratado.

Concluiu que não incorreu em ato com infração a norma legal ou regulamentar prevista no inc. II do art. 104 da Lei Complementar 709/93, e argumentou ter sido extremamente excessiva a pena de multa aplicada, por não ter tido qualquer participação na fase interna da licitação, que pudesse ter levado à irregularidade.

Ao final, requereu o acolhimento da arguição preliminar de nulidade, ou o cancelamento da pena de multa, ou ainda, a redução do valor da multa.

A Assessoria Técnica, a Chefia da Assessoria Técnica e o Ministério Público de Contas manifestaram-se, de forma unânime, pelo conhecimento e pelo não provimento do recurso ordinário.

A matéria integrou a pauta de julgamentos da sessão de 2/4/2014 do E. Plenário, tendo sido dela retirada nos termos do art. 105, I, do Regimento Interno deste Tribunal.

Em seguida, foram apresentados memoriais de julgamento pelo recorrente.

Reiterou inicialmente o seu pleito de anulação da decisão de primeira instância por inobservância ao inc. I do art. 91 da Lei Complementar 709/93, fazendo menção a decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo onde se declarou que a simples publicação no Diário Oficial não pode ser considerada a via adequada para a preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Sustentou que, a despeito de ter assinado o Termo de Ciência e Notificação, não pode ser atingido por aquele documento porque o seu teor não lhe dizia respeito, e sua pessoa nada nele declarou. Argumentou que apenas o contratante (Município) e a contratada (Demax) foram os declarantes.

Defendeu ainda que as questões de mérito não são suficientes para levar a um julgamento pela irregularidade com imposição de multa.

Alegou que os itens 2.3.9, 2.3.10 e 2.3.12 do edital decorreram de normas especiais, mostrando-se necessárias em virtude da natureza dos serviços, a exemplo da Lei Federal 7.803/89 e da Instrução Normativa nº 55, de 4/12/2007, do Ministério da Agricultura. Disse que se tratou da hipótese prevista no inc. IV do art. 30 da Lei 8.666/93.

Afirmou ainda que o item 2.3.11 do edital não possui a extensão que lhe foi dada, revestindo-se de mera declaração formal de disponibilidade.

Quanto à visita técnica obrigatória que se realizou num único dia e horário (7/2/2008), ponderou ser necessário considerar que entre a data da publicação do edital (29/12/2007) e a abertura do certame respeitou-se o prazo mínimo legal de 30 (trinta) dias (art. 21, II, "a", da Lei 8.666/93), além de não ter sido registrado qualquer reclamação quanto à data única para visita.

No tocante à cotação de preços que instruiu o orçamento básico da licitação, disse ter sido fruto de pesquisa dos órgãos técnicos da Administração Municipal que merece fé pública. Acresceu que as planilhas foram atualizadas em diversas oportunidades, quer em razão do tempo (o processo se arrastou por mais de 5 anos), quer em face de novos serviços que foram surgindo durante a tramitação do procedimento licitatório. E afirmou que *"se os preços estão fora da realidade, que se responsabilize pessoalmente os servidores e os agentes públicos que elaboraram as planilhas orçamentárias"*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Argumentou, porém que a proposta comercial da vencedora (R\$ 2.150.908,40) foi inferior ao total das planilhas orçamentárias (R\$ 2.240.707,73).

Explicou ainda que a expiração do prazo de validade da comissão de licitação ocorreu "possivelmente por um cochilo da Administração", ponderando que esta falha não possui o condão de invalidar ou tornar irregular a licitação e o contrato.

Também protestou por ter sido atingido com pena de multa, por ser à época, na qualidade de Secretário, apenas um representante credenciado das partes na condução da execução do objeto.

Repisou o argumento de não ter tido participação no certame licitatório, afirmando que: - deu azo à abertura do certame por meio do Memorando nº 0210/03/Semam/GCA/Copej de 16/5/2003; - firmou declaração em cumprimento da LRF; - somente após a contratação emitiu a Ordem de Serviço nº 3/08; - pediu a inclusão no contrato do serviço de poda de vegetação rasteira, que acabou não sendo atendido.

E defendeu: - que não teve ingerência na elaboração do edital, o qual não recebeu oposição da Procuradoria Jurídica Municipal; - que findo os trabalhos, a licitação foi homologada pelo então Secretário Municipal de Obras (Raul Borim Junior) e seu objeto foi adjudicado pelo então Prefeito Municipal (Clermont Silveira Castor).

Afiançou que não podia imaginar que a licitação estava eivada das irregularidades apontadas, por entender que a fase de homologação existe justamente para a verificação da licitude do certame, sanção de vícios ou sua anulação.

Expôs vários argumentos para sustentar que não agiu com dolo ou má-fé, e que o inc. IX do art. 33 da Constituição do Estado de São Paulo determina que a hipótese constitucional de incidência da sanção pecuniária pressupõe a ocorrência de ilegalidade de despesa ou irregularidade nas contas que acarretem dano ao erário. Invocou a não ocorrência desta hipótese no caso destes autos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

O Ministério Público de Contas reiterou sua manifestação pelo conhecimento e pelo não provimento.

É o relatório.

npg



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

TC-030044/026/08

Preliminar

Em preliminar, preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso⁵.

Mérito

Como preliminar de mérito, deve de ser rejeitada a arguição de nulidade formulada pelo recorrente, à vista do teor do Termo de Ciência e Notificação que foi por ele assinado na condição de Secretário Municipal do Meio Ambiente, juntamente com o Sr. Prefeito Municipal e com o responsável pela empresa contratada, consoante fls. 863, nos seguintes termos:

“Contratante: Prefeitura Municipal de Cubatão

Contratada: Demax Serviços e Comércio Ltda.

Na qualidade de CONTRATANTE e CONTRATADA, respectivamente, do termo acima identificado, e, cientes do seu encaminhamento ao TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO, para fins de instrução e julgamento, damo-nos por CIENTES E NOTIFICADOS para acompanhar todos os atos da tramitação processual, até julgamento final e sua publicação e, se for o caso e de nosso interesse, para, nos prazos e nas formas legais e regimentais, exercer o direito de defesa, interpor recursos e o mais que couber.

Outrossim, declaramos estar cientes, doravante, de que todos os despachos e decisões que vierem a ser tomados, relativamente ao aludido processo, serão publicados no Diário Oficial do Estado, Caderno do Poder Legislativo, parte do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, de conformidade com o artigo 90 da Lei Complementar n° 709, de 14 de janeiro de 1993, iniciando-se, a partir de então, a contagem dos prazos processuais.

Cubatão, 28 de julho de 2008”.

⁵ O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 7/11/2012, recurso protocolizado em 22/11/2012), foi interposto por parte legítima e contém os fundamentos de fato e de direito, em conformidade com a LC n° 709/93.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Há de se ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ampara tal modo de proceder desta Corte, cientificando e notificando prévia e pessoalmente todas as partes envolvidas, com a posterior publicação dos atos processuais no D.O.E.

Tome-se como exemplo, TJSP-Órgão Especial, MS 0148810-63.2013.8.26.0000, rel. Desembargador Guerrieri Rezende, j. 5/2/2014, cujo voto condutor do v. Acórdão, proferido pelo eminente Relator, deixou consignado o seguinte:

" (...) A impetrante tinha conhecimento da necessidade de submeter à análise do Tribunal de Contas a contratação e o certame firmados com a Prefeitura Municipal de (...), através do 'Termo de Ciência e Notificação' (fls. 283), instrumento pelo qual se declarou ciente e notificada para acompanhar todos os atos processuais, nos seguintes termos:

(...)

A partir do momento em que assinou o 'Termo de Ciência e Notificação', a impetrante se comprometeu a acompanhar o trâmite processual perante a Corte de Contas.

(...)

Sendo assim, não há que se falar em cerceamento de defesa por falta de notificação, pois a impetrante tinha plena ciência da existência do processo administrativo em andamento perante o Tribunal de Contas.

(...)

Os referidos termos são expressos ao indicar que ambas as partes se dão por '(...) CIENTES E NOTIFICADOS para acompanhar todos os atos da tramitação processual, até julgamento final e sua publicação e, se for o caso e de nosso interesse, para, nos prazos e nas formas legais e regimentais, exercer o direito de defesa, interpor recursos e o mais que couber'.

O fato da impetrante não ter acompanhado devidamente o andamento do processo administrativo se deu por sua própria desídia, e não por desconhecimento de que a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Corte de Contas iria apreciar o objeto do processo licitatório (...)" (grifo original).

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo recorrente.

No **mérito**, propriamente, deve ser mantido o v. Acórdão de primeiro grau.

De plano, não é verdadeira a afirmação de que o recorrente somente participou do procedimento da Municipalidade no momento da assinatura do contrato.

Os registros que constam destes autos às fls. 4, 19, 94, 218, 218/v, 219, 223, 224, 224/v, 226/v, 227, 229, 229/v, 231, 231/v, 234, 238, 238/v, 260, 260/v, 268, 272, 273 e 294 evidenciam que o recorrente interveio diversas vezes na fase interna do certame, de maneira a estar demonstrado que ele teve uma participação ativa na concepção do procedimento, não havendo como prosperar a alegação de que sua participação esteve limitada à assinatura do contrato.

Por outro lado, esta participação efetiva do recorrente na fase interna do certame faz com que incida sobre ele o dispositivo do inc. II do art. 104 da Lei Complementar 709/93, de sorte que o enquadramento da penalidade pecuniária da decisão recorrida afigura-me em conformidade com a norma de regência, além de sua graduação ter se mostrado razoável e adequada ao caso.

Quanto aos itens 2.3.9, 2.3.10 e 2.3.12⁶ do edital, o recorrente apenas fez menção a normas, não definindo quais eram efetivamente as legislações específicas que fariam tais cláusulas se amoldarem à hipótese do inc. IV do art. 30 da Lei 8.666/93.

⁶ "2.3 - Comprovação da qualificação técnica: (...) 2.3.9 - Certificado de registro de viveiro de mudas, expedido pela Secretaria de Estado da Agricultura e pelo IBAMA; 2.3.10 - Certificado Fitossanitário de Origem - CFO dos produtos, expedido pelo engenheiro responsável técnico pelo viveiro, com prazo de validade dentro do dentro do estabelecido no mesmo (...) 2.3.12 - Prova de inscrição no cadastro de atividades potencialmente poluidoras em nome da proponente, emitida pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis em atendimento à Lei Federal 7803/89 que regulamente a comercialização e propriedade de motosserra".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Na verdade, os documentos previstos naquelas cláusulas estavam enquadrados no princípio insculpido no § 6º⁷ do art. 30 da Lei 8.666/93, e à luz da Súmula nº 14⁸ deste Tribunal, deveriam ter sido requisitados apenas da licitante que se sagrasse vencedora, exigindo-se das proponentes apenas a declaração formal de disponibilidade futura.

O mesmo se dá com o item 2.3.11⁹ do edital, cuja exigência era de uma declaração de anuência do produtor de mudas e cópia do registro do viveiro do subscritor dessa declaração, o que resvalou na Súmula nº 15¹⁰ deste Tribunal, que veda a exigência de compromissos de terceiros no transcorrer do certame na medida em que a esta demanda deverá ser também aplicado o princípio do § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, de sorte a circunscrever tal exigência apenas à figura da licitante vencedora.

Já o declarado descumprimento ao inc. IV¹¹ do art. 43 da Lei 8.666/93 se deu por conta da não demonstração de uma pesquisa idônea de preços e não demonstração das fontes utilizadas para a estimativa orçamentária que norteou a

⁷ "Art. 30 (...) § 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada a exigência de propriedade e de localização prévia".

⁸ SÚMULA Nº 14 - Exigências de comprovação de propriedade, apresentação de laudos e licenças de qualquer espécie só são devidas pelo vencedor da licitação; dos proponentes poder-se-á requisitar tão somente declaração de disponibilidade ou de que a empresa reúne condições de apresentá-los no momento oportuno.

⁹ "2.3 - Comprovação da qualificação técnica: (...) 2.3.11 - Caso a empresa não possua viveiro próprio, deverá apresentar declaração de anuência do produtor de mudas quanto à disponibilidade específica para esta licitação bem como cópia do registro do referido viveiro".

¹⁰ SÚMULA Nº 15 - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

¹¹ "Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;".



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

contratação. E nesta fase recursal os elementos não se mostraram suficientes para reverter tal quadro de ofensa àquele mencionado dispositivo legal do art. 43.

Por outro lado, em que pese não existir vedação expressa à fixação de apenas um só dia e horário para a realização das visitas técnicas, a discricionariedade do administrador público deve ser exercida com observância plena ao princípio da motivação e também aos primados da razoabilidade e da proporcionalidade, e neste caso, não houve a apresentação de qualquer fundamento técnico ou fático que possa levar a alguma alteração na decisão combatida quanto a esta questão.

À míngua de tais fundamentos, permanece, pois, a constatação de que o fim buscado pelo inc. III¹² do art. 30 da Lei 8.666/93 não foi atingido a partir de um só dia e horário para vistorias das empresas interessadas, comprometendo-se o acesso a informações necessárias à formulação das propostas.

Finalmente, a expiração do prazo de validade da comissão de licitação é fato que denota a não observância ao § 4º do art. 51 da Lei 8.666/93.

Ante o exposto, acolho os pronunciamentos da Assessoria Técnica, de sua Chefia e do Ministério Público de Contas, e voto pelo **não provimento** do recurso ordinário, mantendo-se a decisão recorrida em todos os seus termos.

¹² "Art. 30 (...) III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;"